

Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf)

Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der persönlichen Abgrenzungskriterien der Konsumentenschutzgesetze in der deutschen und der französischen Rechtsordnung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS KNOEPFEL
von Meilen ZH

1907

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Dr. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Die Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs im Kaufrecht (Handelskauf)

Eine Analyse des schweizerischen Rechts unter Mitberücksichtigung der persönlichen Abgrenzungskriterien der Konsumentenschutzgesetze in der deutschen und der französischen Rechtsordnung

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
ANDREAS KNOEPFEL
von Meilen ZH

genehmigt auf Antrag der
Herren PD Prof. Dr. Dr. Hans Giger und
Prof. Dr. Max Keller

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Dezember 1987

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 23 der Reihe
Schriftenreihe zum Konsumentenschutzrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

in Erinnerung an meinen Vater
meiner Mutter
meiner Frau Barbara

DANK

Herrn Prof. Dr. Dr. Hans Giger danke ich für die Freiheit, die er mir bei der Ausarbeitung der Dissertation gewährt hat.

INHALTSVERZEICHNIS

1. Teil	
Grundlagen	1
1. Kapitel	
Einleitung: Problemstellung	1
2. Kapitel	
Rechtshistorische Einleitung	3
3. Kapitel	
Begriff des kaufmännischen Verkehrs	7
§1 Kaufmännischer Verkehr und Kaufmannseigenschaft	7
§2 Kaufmännischer Verkehr und Handelsgeschäft	9
A. Handel	9
I. Absicht der Weiterveräußerung	11
II. Form der Weiterveräußerung	12
III. Bearbeitung und Abgrenzung zur Verarbeitung	12
IV. Abgrenzung zum Eigengebrauch	14
V. Zur Verteilung des Verwendungszweckstörungs- und Gewährleistungsrisikos	15
B. Kaufgegenstand (Fahrniskauf)	17
I. Bewegliche Sache	17
II. Gattungs- und Speziessache	19
§3 Die Vertragsparteien	20
A. Kaufmännischer Verkehr zwischen Kaufleuten	20
I. Erwerb der Kaufmannseigenschaft	21
1. Objektive Voraussetzungen	21
2. Subjektive Voraussetzungen	26
2.1. Natürliche Personen	26
2.2. Juristische Personen	27
2.3. Personengesellschaften	28
II. Verlust der Kaufmannseigenschaft	29
III. Ausnahmen	30
B. Kaufmännischer Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten	33
C. Kaufmännischer Verkehr zwischen Nichtkaufleuten	34
D. Kritische Anmerkungen zur objektiven Anknüpfung des OR im Vergleich zur subjektiven Anknüpfung des HGB	35

4. Kapitel	
Abgrenzungen	39
§1 Kaufmännischer Verkehr und Handelsverkehr	39
§2 Kaufmännischer Verkehr und kaufmännische Uebung (Handelssitte)	40
2. Teil	
Rechtsdogmatische Analyse	43
5. Kapitel	
Sonderregelung im Kaufrecht	43
§1 Probleme der Vertragsentstehung	43
A. Die Form des Vertrages	43
B. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben	43
I. Beweisrechtliche und materiellrechtliche Bedeutung	43
II. Dogmatische Ueberlegungen zur Rechtswirkung des Schweigens	50
C. Inhalt des Vertrages	52
I. Essentialia	52
II. Accidentalialia	53
1. Geltungsgrund der AGB	53
1.1. Vollakzept	53
1.2. Globalakzept	54
1.3. Konkludente Abrede	56
1.4. Usancencharakter	57
1.5. Gewohnheitsrechtscharakter	57
1.6. Vorrang der Individualabrede	58
1.7. Beiderseitige Verwendung von AGB	58
2. Standardisierte Vertragsklauseln (Incoterms)	59
§2 Verzug als besonderes Problem der Vertrags- wirkung	60
A. Verzug des Verkäufers	60
I. Gesetzliche Regelung	60
1. Allgemeine Grundsätze	60
2. Geltungsbereich der Sonderordnung	60
II. Wahlrecht des Käufers	64
1. Voraussetzungen des Wahlrechts	64
2. Inhalt des Wahlrechts	66
3. Ausübung des Wahlrechts	67
III. Berechnung des Schadenersatzes	68
1. Geltungsbereich der Sonderordnung	68

1.1. Konkrete Schadensberechnung (Art. 191 Abs. 2 OR)	69
1.2. Abstrakte Schadensberechnung (Art. 191 Abs. 3 OR)	70
2. Schadensberechnung bei Beharren des Käufers auf nachträglicher Erfüllung durch den Verkäufer	73
3. Schadensberechnung bei Rücktritt des Käufers vom Vertrag	74
IV. Verhältnis der Sonderordnung zum Anwendungsbereich der Art. 107 ff. OR	79
1. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 190 OR zu der allgemeinen Regelung	79
2. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 191 OR zu der allgemeinen Regelung	80
B. Verzug des Käufers	81
I. Rücktrittsrecht des Verkäufers (Art. 214 OR)	81
II. Berechnung des Schadenersatzes	84
1. Geltungsbereich der Sonderordnung	84
1.1. Konkrete Schadensberechnung (Art. 215 Abs. 1 OR)	86
1.2. Abstrakte Schadensberechnung (Art. 215 Abs. 2 OR)	86
2. Schadensberechnung bei Beharren des Verkäufers auf nachträglicher Zahlung des Kaufpreises	87
3. Schadensberechnung bei Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag	87
III. Verhältnis der Sonderordnung zum Anwendungsbereich der Art. 107 ff. OR	89
1. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 214 OR zu der allgemeinen Regelung	89
2. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 215 OR zu der allgemeinen Regelung	89
IV. Zinspflicht des Käufers	90
§3 Teilzahlungsgeschäfte	91
A. Geltungsbereich der abzahlungsrechtlichen Normen im kaufmännischen Verkehr	91
B. Geltungsbereich der vorauszahlungsrechtlichen Normen im kaufmännischen Verkehr	92
C. Kritische Würdigung der heutigen Rechtslage	92

6. Kapitel	
Rechtspolitische Ausblick	95
§1 Das geplante Konsumkreditgesetz (KKGE)	95
§2 Der Alternativentwurf von Giger (RKGE)	98
§3 Die ständerätliche Fassung eines Konsumkreditgesetzes vom 5. Mai 1984	100
§4 Personen- bzw. Verwendungszweckbezogene Regelungsansätze im Hinblick auf den Anwendungsbereich eines Konsumkreditgesetzes	101
A. De lege lata	101
B. De lege ferenda	105
§5 Rechtsvergleichende Betrachtung der persönlichen Abgrenzungskriterien in der Konsumentenschutzgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs	108
A. Abgrenzungsbemühungen zum Anwendungsbereich von Konsumentenschutznormen in der Bundesrepublik Deutschland	108
B. Abgrenzungsbemühungen zum Anwendungsbereich von Konsumentenschutznormen in Frankreich	111
I. Die Einführung des Begriffs "non-professionnel ou consommateur" in den französischen Vorschriften über unbillige Vertragsklauseln	111
II. Persönliche Abgrenzungskriterien im Konsumentenkreditrecht	115
III. Haustürgeschäfte	115
§6 Ergebnis	116

LITERATURVERZEICHNIS

- Aebi Hans Kaspar, Der Begriff des Verschuldens im Privatrecht und Strafrecht, Diss. Zürich 1957
- Ammann Jean, Détermination de la vente commerciale, Thèse Fribourg 1929
- Auer Eugen, Die richterliche Korrektur von Standardverträgen, Diss. Bern 1964
- Bandasch Georg, Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2.A., Berlin 1973
- Bär Roger, Das Fixgeschäft, Diss. Zürich 1956
- Baudenbacher Carl, Wirtschafts-, schuld- und verfahrensrechtliche Grundprobleme der Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Zürich 1983
- Bauhofer Arthur, Entstehung und Bedeutung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches von 1853-55, in: ZSR 46/1 ff.
- Becker (1), Kommentar zum Obligationenrecht, I. Abt., Allgemeine Bestimmungen, 2.A., Bern 1941-45
- Becker (2), Kommentar zum Obligationenrecht, II. Abt., Die einzelnen Vertragsverhältnisse, Bern 1934
- Béguelin Eduard, Verzug des Schuldners bei zweiseitigen Verträgen, in: SJK 1942 664 f.
- Biedermann Ernst, Der Rücktritt vom zweiseitigen Vertrag wegen Schuldnerverzuges nach dem schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Leipzig 1909
- Bloch Martin, Kaufmann und kaufmännischer Verkehr im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Bern 1896
- Bluntschli Johann Caspar, Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich mit Erläuterungen; Bd. III: Das zürcherische Obligationenrecht, Zürich 1855
- Bommer Cornelia, Die Annahmepflicht des Käufers nach Art. 211 OR Diss. Bern 1970
- Bosshardt Oskar, Der Schadenersatz beim Rücktritt vom Vertrag (OR 107, 109), in: SJZ 30/81 ff.
- Brühlmann Joseph, Der schweizerische Erwerbsgartenbau, Diss. Freiburg 1951
- Bucher Eugen (1), Der benachteiligte Käufer, in: SJZ 67/1 ff.
- Bucher Eugen (2), Der Gegensatz von Zivilrecht und Handelsrecht. Bemerkungen zur Geschichte und heutigen dogmatischen Bedeutung der Unterscheidung, in: Festschrift Meier-Hayoz, Zürich 1972, S. 1 ff.
- Bucher Eugen (3), Der Ausschluss des dispositiven Gesetzesrechts durch vertragliche Absprachen, in: Festgabe Deschenaux, Freiburg 1977, S. 249 ff.
- Bucher Eugen (4), Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1979
- Bucher Eugen (5), Skriptum zum Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1981

- Bühler Theodor, Standardverträge und Allgemeine Geschäftsbedingungen unter Kaufleuten, insbesondere im internationalen Handelsverkehr, in: SJZ 72/1 ff.
- Burckhardt C.Ch., Die Revision des Schweizerischen Obligationenrechts in Hinsicht auf das Schadenersatzrecht, in: ZSR 22/469 ff.
 - v. Büren Bruno (1), Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Zürich 1964
 - v. Büren Bruno (2), Schweizerisches Obligationenrecht, Besonderer Teil, Zürich 1972
 - Casanova Hugo, Zur Auslegung von Art. 226 m Abs. 4 OR, in: SJZ 75/236 ff.
 - Cavin Pierre, Kauf, Tausch und Schenkung, in: Schweizerisches Privatrecht VII/I: Obligationenrecht- Besondere Vertragsverhältnisse (Basel und Stuttgart 1977) 1 ff.
 - Comment Albert (1), De la demeure du débiteur dans les contrats bilatéraux, Art. 107-109 CO, Diss. Bern 1924
 - Comment Albert (2), Fahrniskauf III, in: SJK 1971 219
 - Comment Albert (3), Der Vorauszahlungsvertrag, in: SJK 1971 233 b
 - Dauner-Lieb Barbara, Verbraucherschutz durch Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Verbraucher, Berlin 1983
 - Ebenroth Carsten Thomas, Das kaufmännische Bestätigungsschreiben im internationalen Handelsverkehr, in: Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. 77, 1978, S. 161 ff.
 - Ehrenberg Eva, Besonderheiten des Handelskaufs im deutschen und schweizerischen Recht, Diss. Basel 1934
 - Engel Pierre, Traité des obligations en droit suisse, Dispositions générales du Co, Neuchâtel 1973
 - Fick/Morlot, Das Schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Titel 1-22 mit leicht fasslichen Erläuterungen, Zürich 1915
 - Fischer Max, Der Begriff der Vertragsfreiheit, Diss. Zürich 1952
 - Fleiner-Gerster, Grundzüge des allgemeinen und schweizerischen Verwaltungsrechts, Zürich 1980
 - Flume Werner, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. II, Das Rechtsgeschäft, 2.A., Berlin/Heidelberg 1975
 - Forstmoser Peter, Die rechtliche Behandlung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen im schweizerischen und deutschen Recht, in: Festgabe Kummer, Bern 1980, S. 99 ff.
 - Gauch Peter, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974
 - Gauch/Schlupe/Jäggi, Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Skriptum, 2 Bde., 3.A., Zürich 1983
 - Ghestin Jacques, Le contrat, Principes directeurs, consentement, cause et objet, Montréal 1982
 - Giger Hans (1), Systematische Darstellung des Abzahlungsrechts, unter besonderer Berücksichtigung von Fernkurs-, Unterrechts-, Mietkauf- und Leasingvertrag, Zürich 1972

- Giger Hans (2), Kommentar zum Schweizerischen Privatrecht, Bd. VI Obligationenrecht, 1. Teilband, Kauf und Tausch-Die Schenkung Art. 184-215, Bern 1979
- Giger Hans (3), Kommentar zum geplanten Konsumkreditgesetz, Zürich 1980
- Giger Hans (4), Rechtliche Stellung des Konsumenten in der geplanten Neuordnung, in: ZBJV 116/199-221
- Giger Hans (5), Ratenkredit als legislatorisches Problem. Ein Alternativentwurf, Zürich 1982
- Giger Hans (6), Geltungs- und Inhaltskontrolle Allgemeiner Geschäftsbedingungen, Zürich 1983
- Giovanoli Silvio, Das revidierte Obligationenrecht ("Handelsrecht") vom 18. Dezember 1936 im Hinblick auf das System der schweizerischen Gesetzgebung, in: ZSR 61/1 f.
- Göschke Richard, Ueber Art. 107 bis 109 OR, in: ZBJV 60/14 ff. und 68 ff.
- Grisel André, Droit administratif suisse, Neuenburg 1970
- Guggenbühl Paul, Die Entstehung des zürcherischen privatrechtlichen Gesetzbuches, Diss. Zürich 1924
- Guhl Theo, Rücktritt vom Vertrag und Schadenersatz wegen Nichterfüllung beim Verzug des Schuldners nach schweizerischem OR, in: Festgabe Karl Wieland, Basel 1934, S. 134 ff.
- Guhl/Merz/Kummer, Das Schweizerische Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1980
- Hafner H., Das Schweizerische Obligationenrecht mit Anmerkungen, 3 Teile (Zürich 1896-1905)
- Hartmann Jürg, Der Kaufvertrag in der Handelspraxis, Zürich 1953
- Hartmann Karl, Der Handelskauf, Zürich 1953
- Hauser/Hauser, Gerichtsverfassungsgesetz vom 29.1.1911 Kommentar 1960/78
- His Eduard, Berner Kommentar zum Obligationenrecht, 4. Abt., Handelsregister, Geschäftsfirmen und kaufmännische Buchführung (Art. 927-964 OR), Bern 1981
- Honegger Eduard, Ueber das Rücktrittsrecht bei gegenseitigen Verträgen nach dem Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1926
- Huber Eugen, System und Geschichte des Schweizerischen Privatrechts, 4 Bde., Basel 1886-1893
- Jäggi Peter (1), Die Zusicherung der Kaufsache, in: Festschrift Theo Guhl, Zürich 1950, S. 67 ff.
- Jäggi Peter (2), Zum Begriff der vertraglichen Schadenersatzforderung, in: Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968, S. 181 ff.
- Jeanprêtre Raymond (1), Abzahlungskäufe, in: SJK 1966 233 und 233 a
- Jeanpretre Raymond (2), L'article 226 m CO, in: SJZ 74/269 ff.
- Imboden/Rhinow, Schweizerische Verwaltungsrechtssprechung, 5. A., 2 Bde., Basel/Stuttgart 1976



- Incoterms, Internationale Regeln für die Auslegung der handels-
üblichen Vertragsformeln, herausgegeben von der Internatio-
nalen Handelskammer, Nr. 350, Paris 1980
- Jost Arthur, Vom Anwendungsgebiet des Art. 107 OR, in:
SJZ 45/235 ff.
- Keller Heinz, Allgemeine Geschäftsbedingungen, Diss. Bern 1970
- Keller Max, Das negative Interesse im Verhältniss zum positiven
Interesse, Diss. Zürich 1949
- Keller/Landmann, Haftpflichtrecht, Ein Grundriss in Tafeln, 2.A.
Zürich 1980
- Keller/Lörtscher, Kaufrecht, Eine systematische Darstellung,
Zürich 1980
- Keppler Wilhelm, Das kaufmännische Fixgeschäft nach Gesetzgebung
und Praxis in der Schweiz, Diss. Bern 1949
- Konsumkreditgesetz, Fassung des Ständerates vom 5. Mai 1984,
Bern 1984
- Kramer Ernst, Berner Kommentar zum OR, Zürich 1980
- Lemp Paul, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des
Schuldnerverzugs, Diss. Bern 1939
- Liver Peter (1), Rechtsquellenprobleme im schweizerischen Recht,
in: ZBJV 91bis/ 1 ff.
- Liver Peter (2), Berner Kommentar Einleitungsband (Art. 5 ZGB)
Bern 1962
- Lörtscher Thomas, Vertragliche Haftbeschränkungen im schweize-
rischen Kaufrecht, Diss. Zürich 1977
- Mächler, Unmündige und Entmündigte als Kaufleute, in: Basler
Studien zur Rechtswissenschaft, Heft 12, Basel 1940
- Martin Alfred, Des dommages-intérêts résultants de l'inexécution
de l'obligation, in: ZSR 33/67 ff.
- Meier-Hayoz Arthur, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsabschluss,
Diss. Zürich 1948
- Meier-Hayoz/Forstmoser, Grundriss des Schweizerischen Gesell-
schaftsrechtes, 4.A., Bern 1981
- Meili Alfred, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts,
Diss. Zürich 1976
- Merz Hans (1), Richterliche Kontrolle von allgemeinen Geschäfts-
bedingungen, Arbeiten zur Rechtsvergleichung, Bd. 41,
Frankfurt/Berlin 1968
- Merz Hans (2), Massenvertrag und Allgemeine Geschäftsbedingungen,
in: Festgabe Schönenberger, Freiburg 1968, S. 137 ff.
- Merz Hans (3), Le contrôle judiciaire des conditions générales du
contract en droit suisse, SJZ 97/193 ff.
- Meyer-Wild Hans, Ueber die abstrakte Schadensberechnung beim Kauf
in: SJZ 15/339 ff.
- Morell R., Der Begriff des Kaufmanns im schweizerischen Obliga-
tionenrecht, in: SJZ 30/1 ff.
- Munzinger Walter (1), Zur Frage eines schweizerischen Handelsge-
setzes, Gutachten und Motive, Bern 1862
- Munzinger Walter (2), Motive zum Entwurfe eines schweizerischen
Handelsrechtes, Bern 1865

- Naegeli Walter, Allgemeine Geschäftsbedingungen, ihre Massgeblichkeit und Unmassgeblichkeit für die Bestimmung des Inhalts der Vertragsabrede, Diss. Zürich 1951
- Neuenschwander Markus, Die Schlechterfüllung im schweizerischen Vertragsrecht, Diss. Bern 1971
- Oftinger Karl (1), Einige grundsätzliche Betrachtungen über die Auslegung und Ergänzung der Verkehrsgeschäfte, in: ZSR 58/178 ff.
- Oftinger Karl (2), Die krisenbedingte Veränderung der Grundlagen bestehender Verträge, in: SJZ 36/229 ff. und 245 ff.
- Oftinger Karl (3), Handelsrecht und Zivilrecht, in: SJZ 50/153 ff.
- Oftinger Karl (4), Ungelesen unterzeichnete Urkunde und verwandte Tatbestände, in: Festgabe Simonius, Basel 1955, S. 263 ff.
- Oftinger Karl (5), Bundesgerichtspraxis zum Allgemeinen Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 2.A., Zürich 1973
- Oser Hugo, Zürcher Kommentar, Das Obligationenrecht, Zürich 1915
- Oser/Schönenberger (1), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Allg. Teil, 2.A., Zürich 1929
- Oser/Schönenberger (2), Zürcher Kommentar zum Obligationenrecht, Die einzelnen Vertragsverhältnisse, 2.A., 1. Halbband Zürich 1936, 2. Halbband Zürich 1945
- Ott Walter, Die unbestrittene Sachlegitimation, in: SJZ 78/17 ff.
- Patry Robert, Die kaufmännische Unternehmung, in: Schweizerisches Privatrecht VIII/1, S. 70 ff.
- Plüss Hans, Kauf im kaufmännischen Verkehr nach OR, MaschDiss. Basel 1942
- Portmann Robert, Der Geltungsbereich des Handelsprivatrechts, eine vergleichende Darstellung nach schweizerischem, deutschem, französischem und italienischem Recht, Diss. Basel 1941
- Rossel Virgile, Manuel du droit fédéral des obligations, 2. Bde., 4.A., Lausanne/Genève 1920
- Rubinstein Eugen, Berechnung des Verspätungsschadens - ein Beitrag zur Auslegung des Art. 107 OR, in: SJZ 44/272 ff.
- Rüfenacht Bernhard, Die Begriffe "Kaufmann, Handelsverkehr und kaufmännischer Verkehr", Diss. Bern 1926
- Russenberger Walter, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem OR unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Diss. Zürich 1918
- Schöpfer, Die Bedeutung des Schweigens beim Vertragsschluss nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1937
- Schlegelberger, Handelsgesetzbuch, erläutert von Ernst Gessler, Wolfgang Hefermehl, Wolfgang Hildebrandt und Georg Schröder, Bd. 1, 5.A., München 1973
- Schmidt-Salzer Joachim, Allgemeine Geschäftsbedingungen, 2.A., München 1977
- Schmidt-Tedd Bernhard, Kaufmann und Verbraucherschutz in der EG, Zum persönlichen Abgrenzungskriterium im Bürgerlichen Recht, Frankfurt am Main 1987

- Schneeberger Ernst, Einführung in das kommerzielle Vertragswesen, Zürich 1972
- Schneider/Fick (1), Das schweizerische Obligationenrecht samt den Bestimmungen des Bundesgesetzes betreffend die persönliche Handlungsfähigkeit mit allgemeinfasslichen Erläuterungen, 3.A., Zürich 1891
- Schneider/Fick (2), Das schweizerische Obligationenrecht vom 30. März 1911, Bd. I Titel 1-22 mit leichfasslichen Erläuterungen, Zürich 1915
- Schnyder Bernhard, Vertragsfreiheit als Privatrechtsbegriff, Diss. Freiburg 1960
- Schönenberger/Jäggi, Kommentar zum Obligationenrecht, Bd. V/1a, Allgemeine Bestimmung, Zürich 1973
- Schröder Georg, Der contrat d'adhésion und der Schutz des Adherenten vor unbilligen Allgemeinen Geschäftsbedingungen im französischen und deutschen Recht, Diss. Göttingen 1967
- Schuler Alois, Ueber Grund und Grenzen der Geltung von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, Diss, Zürich 1978
- Schultz Karl, Ueber die Schadensberechnung beim Kauf, in: SJZ 14/201 ff.
- Secrétan Roger, Des droits du vendeur contre l'acheteur en demeure, in: JdT 95/34 ff.
- Simonius August, Ueber den Ersatz des "aus dem Dahinfallen des Vertrages" erwachsenen Schadens, in: ZSR 37/225 ff.
- Simsa Paul, Der Kaufmannsbegriff im Schweizerischen Recht, MaschDiss. Basel 1960
- Soergel/Siebert, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen, 8 Bde., 10.A., Stuttgart/Berlin/Köln/Mainz 1967-71
- Stauder Bernd, Grundfragen einer Reform des Konsumkreditrechts. Anmerkungen zum Entwurf eines Konsumkreditgesetzes, in: SJZ 75/289 ff.
- Stofer Hellmut, Kommentar zum schweizerischen Bundesgesetz über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag, 2.A., Basel/Stuttgart 1972
- Sträuli/Messmer, Kommentar zur Zürcherischen Zivilprozessordnung, 2.A., Zürich 1982
- v. Tuhr/Siegmund, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I und II, 2.A., Zürich 1942 und 1944
- v. Tuhr/Siegmund/Escher, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. II unter Mitarbeit von H. Schulin, 3.A., Zürich 1974
- v. Tuhr/Siegmund/Peter, Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, Bd. I/1 und 2 unter Mitarbeit von H. Schulin, 3.A., Zürich 1974 und 1979
- Tuor/Schnyder, Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9.A., Zürich 1975
- Vaucher R.F., La prescription des actions des artisans pour leur travail, in: JdT 111/230 ff.

- Voser Fritz, Der Schuldnerverzug im Schweizerischen Obligationenrecht, Diss. Zürich 1914
- Walder Hans Ulrich, Der neue Zürcher Zivilprozess, 3.A., Zürich 1983
- Wieland Carl, Handelsrecht, in: Bindings systematischem Handbuch der Rechtswissenschaft, 3. Abt., 1. TB, München 1921
- Wiemken Helmuth, Rücktritt und Schadenersatz als Folgen der Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, MaschDiss. Basel 1931
- Yung Walter (1), L'acceptation par le silence d'une offre de contracter, in: Mélanges Roger Secrétan, Montreux 1964, S. 339 ff.
- Yung Walter (2), Les éléments objectifs dans les contrats civils et commerciaux in: Etudes et articles, Genf 1971 243

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

A	Anmerkung
A.	Auflage
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AbzG	Gesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte
ADHGB	Allgemeines Deutsches Handelsgesetzbuch, vom 31. Mai 1861
AGB	Allgemeine Geschäftsbedingungen
AGB-Gesetz	Gesetz zur Regelung des Rechts der Allgemeinen Geschäftsbedingungen
aGVG	alt Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich
AktG	Aktiengesetz
a.M.	anderer Meinung
aOR	altes schweizerisches Obligationenrecht = BG über das Obligationenrecht, vom 14. Brachmonat 1881
Art.	Artikel
AS	Eidgenössische Gesetzessammlung (Bern), seit 1948: "Sammlung der eidgenössischen Gesetze"
BB1	Bundesblatt
Bd.	Band
betr.	betreffend
BG	Bundesgesetz
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896
BGE	Entscheidungen des Schweizerischen Bundesgerichts (Amtliche Sammlung)
BGH	(deutscher) Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des deutschen Bundesgerichtshofes in Zivilsachen
BJM	Basler Juristische Mitteilungen (Basel)
BlHE	Blätter für handelsrechtliche Entscheidungen (Zürich 1882-1901)
BV	Bundesverfassung der Schweizerischen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874
bzw.	beziehungsweise
CO	Code des obligations suisse = OR
ders.	derselbe Autor
d.h.	das heisst
Diss.	Dissertation
E	Erwägung
E1	1. Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts 1871
E2	2. Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts 1875
E3	3. Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts 1877

E4	4. Entwurf eines Schweizerischen Obligationenrechts 1879
EG	Europäische Gemeinschaft
EJPd	Eidgenössisches Justiz- und Polizeidepartement
ExpKom	Expertenkommission
f (ff)	und nächstfolgende Seite(n)/Note(n) bzw. und nächstfolgende(r) Artikel
GenG	Gesetz betreffend die Erwerbs- und Wirtschafts- genossenschaften (Genossenschaftsgesetz)
gl.M.	gleicher Meinung
GmbHG	Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz des Kantons Zürich
HGB	Handelsgesetzbuch für das Deutsche Reich, vom 10. Mai 1897, mit seitherigen Aenderungen
HRV	Verordnung über das Handelsregister vom 7. Juni 1937
i.V.m.	in Verbindung mit
Jdt	Journal des Tribunaux (Lausanne)
lit.	litera
Lit.	Literatur
MaschDiss.	nicht gedruckte Dissertation in Maschinenschrift
N	Note
no.	numéro
Nr.	Nummer
OG	BG über die Organisation der Bundesrechtspflege, vom 16. Dezember 1943
OR	BG über das Obligationenrecht vom 30. März 1911/18. Dezember 1936
PGB	Privatrechtliches Gesetzbuch für den Kanton Zürich, von 1853-1855
Pr.	Die Praxis des schweizerischen Bundesgerichts (Basel)
ProtExpKom	Protokolle der Expertenkommission
Rep.	Repertorio di Giurisprudenza Patria (Bellinzona)
RKGE	Alternativentwurf zu einem Ratenkreditgesetz von Prof. Giger, Zürich 1982
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889
Semjud.	La Semaine judiciaire (Genf)
SJK	Schweizerische Juristische Kartothek (Genf)
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung (Zürich)
StenBullNR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundes- versammlung, Nationalrat
StenBullStR	Amtliches Stenographisches Bulletin der Bundes- versammlung, Ständerat
u.a.	unter anderem
u.a.m.	und andere(s) mehr
vgl.	vergleiche, vergleichen Sie
z.B.	zum Beispiel
ZBGR	Schweizerische Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht (Wädenswil)

ZBJV	Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins (Bern)
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch, vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
zit.	zitiert
ZPO	Zivilprozessordnung des Kantons Zürich
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung (Zürich)
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht (NF Basel)

1. Teil

Grundlagen

1. Kapitel

Einleitung: Problemstellung

Im Gegensatz zu den meisten westeuropäischen Staaten herrscht in der Schweiz das System des "Code unique", das sowohl Zivilrecht wie Handelsrecht umfasst. Die Gründe zu dieser Systematik liegen teils in historischen Begebenheiten¹⁾ und teils in rechtspolitischen Erwägungen²⁾.

Die Ueberzeugung, dass das Privatrecht so generell wie möglich gefasst sein soll sowie die Ablehnung der Schaffung eines Sonderrechtes für Kaufleute oder für Handelssachen, ist ein charakteristischer Zug des schweizerischen Systems. Das OR soll möglichst in der Lage sein, auch den Ansprüchen des Handels zu genügen.

Trotz des Fehlens einer speziellen Handelsrechtskodifikation enthält das schweizerische Recht zahlreiche Vorschriften, die auf die besonderen Bedürfnisse des Handels zugeschnitten sind. Der Kauf ist im OR für das Zivilrecht und das Handelsrecht einheitlich geregelt, wobei im wesentlichen von den Bedürfnissen des nichtkaufmännischen Verkehrs ausgegangen wird, aber in einzelnen Bestimmungen ergänzend ausdrücklich auf die besonderen Interessen des kaufmännischen Verkehrs Rücksicht genommen wird³⁾.

-
- 1) Munzinger (1) 2 ff; Wieland 40.
 - 2) Oftinger (3) 153 ff; Bucher (2) 3 A 1 begründet die Schweizer Lösung mit den äusseren Umständen der Gesetzgebung: "Die Verfassung des Jahres 1874 gab in Art. 64 dem Bund die Gesetzgebungskompetenz über alle auf den Handel und Mobiliarverkehr bezüglichen Rechtsverhältnisse (Obligationenrecht, mit Inbegriff des Handels- und Wechselrechts). Dass dann allgemeines Vertragsrecht nicht vom Handelsrecht getrennt wurde, war angesichts der Stoffbeschränkung der Kodifikation naheliegend."
 - 3) Simsa 11, bezeichnet den Kaufvertrag als "gemischt zivilhandelsrechtliche Institution."

Das OR verwendet den Ausdruck "kaufmännischen Verkehr" in den Art. 190, 191, 215 und 313. Es ist im schweizerischen Recht aber unterlassen worden, den Begriff zu definieren oder präzise zu umschreiben.

Im Weiteren hat sich die schweizerische Rechtspraxis schon frühzeitig der deutschen Rechtsprechung zum kaufmännischen Bestätigungsschreiben angeschlossen und den einmal beschrittenen Weg in der Beurteilung des Schweigens auf die im Geschäftsverkehr weit verbreiteten Bestätigungsschreiben konsequent fortentwickelt.

Es soll nun die Aufgabe der vorliegenden Arbeit sein, den Begriff des kaufmännischen Verkehrs festzulegen, seine Beziehungen zu verwandten Begriffen des Geschäftsverkehrs abzugrenzen und die Sonderregelungen darzulegen. In einer rechtspolitisch ausgerichteten Untersuchung soll geprüft werden, ob die am Verwendungszweck orientierte Abgrenzung des kaufmännischen Verkehrs auch als Abgrenzungskriterium des Anwendungsbereiches eines Konsumentenschutzgesetzes geeignet ist.

2. Kapitel

Rechtshistorische Einleitung

Bluntschli stellte im Zürcherischen PGB von 1854/56 zahlreiche Sondervorschriften für Kaufleute auf und vermied bewusst die Schaffung zweier Gesetzbücher, eines bürgerlichen PGB einerseits und eines Handelsgesetzes andererseits¹⁾.

Für den kaufmännischen Verkehr schuf er im PGB eine Sondernorm²⁾: Ist unter Kaufleuten ein bestimmter Lieferungstermin abgemacht worden, so hat der Käufer bei Verzug nebst Schadenersatzansprüchen eine zweifache Wahl, nämlich, ob er die nachträgliche Lieferung fordern bzw. annehmen oder ob er vom Vertrage zurücktreten wolle. Bluntschli hat den Bedürfnissen des Geschäftslebens Rechnung getragen³⁾.

1) Vgl. statt vieler A. Meili, Die Entstehung des schweizerischen Kaufrechts, Diss. Zürich 1976; Plüss 1 ff.

2) § 1401 PGB.

3) "Es ist dem Kaufmanne, der eine Waare auf einen bestimmten Lieferungstermin bestellt, nicht geholfen, wenn er dieselbe später vielleicht nach einem langwierigen Prozess endlich erhält und die Vergütung des Schadenersatzes kann ihn auch nicht befriedigen. Er kauft gewöhnlich, nicht um die Waare zu haben und zu behalten, sondern um sie wieder zu veräussern, d.h. um zu spekulieren. Für die Spekulation ist die genaue Beachtung der Zeit unerlässlich. In dem er einen Lieferungstermin bestimmt, will er sicher sein, die Waare an dem Lieferungstag zu freier Disposition zu haben. In vielen Fällen hat er dieselbe schon weiter verkauft und wird daher genöthigt, wenn ihm die Waare ausbleibt, anderwärts die nämliche Waare zu kaufen, um seine Verpflichtung zu erfüllen. Kommt jene dann später an, so kann er sie zu seinen Spekulationen vielleicht nicht mehr brauchen. ... Um sich für solche Fälle zu sichern, bedarf er überdem des Rechts, von dem Kaufvertrag zurückzutreten" (Bluntschli § 1401 PGB A 1).

Munzinger, wegweisender Redaktor des aOR, übernahm von Bluntschli den Gedanken, dass für den kaufmännischen Verkehr eine Sondernorm aufzustellen sei: Bei Verabredung eines bestimmten Lieferungstermins unter Kaufleuten müsse dem Käufer bei Verzug des Verkäufers ohne weiteres das doppelte Wahlrecht zugestanden werden, weiterhin auf Erfüllung zu bestehen oder vom Vertrage zurückzutreten⁴⁾.

Die vom PGB übernommene Annahme, dass jeder kaufmännische Kauf mit bestimmtem Lieferungstermin als Fixgeschäft gelte, wurde zwar im E2 zugunsten einer Vertragsinterpretation, welche abklären müsse, ob es sich nach dem Willen der Parteien um ein Fix- oder um ein Verfalltaggeschäft handle, in Frage gestellt⁵⁾. Im E4 setzte sie sich aber, vermutlich unter dem Einfluss von Bluntschli, endgültig durch⁶⁾.

4) Art. 249 E1:

Wenn im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet und der Verkäufer im Verzug ist, so hat der Käufer die Befugnis, entweder die Erfüllung zu verlangen oder ohne weiteres von dem Vertrage abzugehen und in beiden Fällen den Ersatz des eingetretenen Schadens zu begehren.

Im Falle der Käufer auf der Erfüllung des Kaufes bestehen will, ist er gehalten, dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Lieferungstermins davon Mittheilung zu machen. Unterlässt er dies, so kann er später nicht mehr auf der Erfüllung bestehen.

Art. 235 E2:

Wenn im kaufmännischen Verkehre ein fest bestimmter Lieferungstermin verabredet und der Verkäufer im Verzuge ist, so hat der Käufer die Befugnis, entweder die Erfüllung zu verlangen oder ohne weiteres von dem Vertrage abzugehen und in beiden Fällen den Ersatz des eingetretenen Schadens zu begehren.

Im Falle der Käufer auf der Erfüllung des Kaufes bestehen will, ist er gehalten, dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Lieferungstermins davon Mittheilung zu machen. Unterlässt er dies, so kann er später nicht mehr auf der Erfüllung bestehen.

Art. 235 E3:

Wenn im kaufmännischen Verkehre ein bestimmter Lieferungstermin verabredet und der Verkäufer im Verzuge ist, so hat der Käufer die Befugnis, entweder die Erfüllung zu verlangen oder ohne weiteres von dem Vertrage abzugehen und in beiden Fällen den Ersatz des eingetretenen Schadens zu begehren.

Im Falle der Käufer auf der Erfüllung des Kaufes bestehen will, ist er gehalten, dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Lieferungstermins davon Mittheilung zu machen. Unterlässt er dieses, so kann er später nicht mehr auf der Erfüllung bestehen.

Die Vermutung in Art. 234 aOR⁷⁾, dass bei Verzug des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr der Käufer nachträgliche Erfüllung ablehne, hat seinen direkten Ursprung im ADHGB⁸⁾.

Will der Käufer auf Erfüllung bestehen, muss er dem Verkäufer unverzüglich mitteilen, wenn er auf Erfüllung bestehen will, ansonsten er dieses Recht verliert. Die Vermutung in Art. 190 OR, dass bei Verzug des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr der Käufer nachträgliche Erfüllung ablehne, ist also auf Art. 234 aOR zurückzuführen. Obwohl Art. 190 OR diese Vermutung nicht ausdrücklich erwähnt, wurde sie stets richtigerweise von Gerichtspraxis⁹⁾ und Doktrin¹⁰⁾ angenommen.

5) Ablehnend die Subkommission Kopp/Niggeler/Carrard, Anträge zum Dritten Entwurf eines Schweizerischen OR, 1877, in Art. 235.

6) Art. 250 E4:

Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet, so wird vermuthet, dass der Käufer berechtigt sein solle, bei dem Verzuge des Verkäufers ohne weiteres vom Vertrage zurückzutreten.

Zieht jedoch der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er dieses dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termines anzuzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.

7) Ist im kaufmännischen Verkehr ein bestimmter Lieferungstermin verabredet, so wird vermuthet, dass der Käufer berechtigt sein solle, bei dem Verzuge des Verkäufers ohne Weiteres von dem Vertrage zurückzutreten.

Zieht jedoch der Käufer vor, die Lieferung zu verlangen, so hat er dieses dem Verkäufer unverzüglich nach Ablauf des Termines anzuzeigen, widrigenfalls er nicht mehr auf Erfüllung des Vertrages, sondern nur auf allfälligen Schadenersatz klagen kann.

8) Meili 188.

9) Vgl. etwa BGE 41 II 677, 46 II 166, 49 II 33 und 228; ZR 17/93, 34/144.

10) Vgl. etwa Keppler 11 ff.; Becker OR 190 N 6; Oser/Schönenberger OR 190 N 11; Giger OR 190 N 11; Guhl 176; Comment 92.

Hingegen wird in Art. 190 OR nicht mehr vermutet, dass der Käufer bei Verzug des Verkäufers vom Vertrag zurücktrete, sondern dass er Schadenersatz wegen Nichterfüllung beanspruche. Ob der Käufer dennoch ein Rücktrittsrecht aus Art. 190 OR habe, war umstritten¹¹⁾. Oser hatte sich in der Expertenkommission für das dreifache Wahlrecht des Käufers ausgesprochen¹²⁾. Huber vertrat die gleiche Ansicht und betonte, dass eine Uebereinstimmung mit Art. 107 OR hergestellt werden müsse und erklärte im Nationalrat¹³⁾, dass im kaufmännischen Verkehr ein Stillschweigen des Käufers "im Zweifel nicht als Rücktritt vom Vertrag, sondern als Verzicht auf die Lieferung und Verlangen von Schadenersatz wegen Nichterfüllung ausgelegt werden" solle.

11) Lemp 74.

12) ProtExpKom 14.10.1908, S.5 f.

13) StenBullNR 1910, S. 335.

3. Kapitel

Begriff des kaufmännischen Verkehrs

§ 1 Kaufmännischer Verkehr und Kaufmannseigenschaft

Für die Abklärung der Frage nach dem Verhältnis des kaufmännischen Verkehrs zur Kaufmannseigenschaft bestehen zwei Möglichkeiten: Entweder folgt man der sogenannten subjektiven oder der objektiven Theorie. Nach der subjektiven Theorie ist der Ausgangspunkt für die Zugehörigkeit eines Geschäftes zum kaufmännischen Verkehr die Kaufmannseigenschaft der beteiligten Personen¹⁾. Diesem System zufolge handelt es sich also dann um einen Kauf im kaufmännischen Verkehr, wenn beide Vertragsparteien Kaufleute sind. Nach der objektiven Auffassung des Begriffs kommt es nicht auf die Kaufmannseigenschaft der Parteien an, sondern darauf, dass das Geschäft nach seiner Beschaffenheit mit dem typischen Zweck des Handels (Kauf zum Weiterverkauf) zusammenhängt; danach können auch Nichtkaufleute Verträge im kaufmännischen Verkehr abschliessen. Die neuere schweizerische Praxis²⁾ und Doktrin³⁾ folgt mit guter Begründung einheitlich der objektiven Theorie.

-
- 1) So das deutsche Recht in Art. 376 HGB; Wieland 43, stützt sich auf Munzinger (2) 3 ff. Von der subjektiven Auffassung sind auch Entscheide älteren Datums beherrscht: BGE 24 II 396, BlHE 7/324, ZBJV 46/671. Rüfenacht 78, ordnet auch Fick die Vertretung des subjektiven Standpunktes zu. Das scheint mir jedoch fraglich: Fick schreibt zwar "Kaufmännischer Verkehr ist der Geschäftsverkehr zwischen zwei Kaufleuten, die mit den bestellten Waren Handel treiben" (OR 190 A 1), präzisiert aber "Auch der Private, der Börsengeschäfte abschliesst, wird wie ein Kaufmann behandelt" (OR 190 A 4). Schneider/Fick (2) 341, vertreten den objektiven Standpunkt.
 - 2) BGE 65 II 173, 46 II 145 ff., 49 II 35 und 229; BlHE 8/278, 19/89; BZR 34/297; SJZ 11/368, 307.
 - 3) Oser/Schönenberger OR 190 N ff.; Rüfenacht 77 ff.; Bloch 41 f.; Plüss 86; Giger OR 190 N 15; Becker OR 190 N 3; Martin 17; Rossel 254; Keppler 20 ff.; v. Tuhr/Siegwart 4; Comment (1) 110; ders. in SJK 219 2.

Diese Auslegung entspricht dem Sinn und Wortlaut der Gesetzesbestimmungen. Der schweizerische Gesetzgeber wollte die Aufstellung eines abgeschlossenen Gebietes von Vorschriften, die nur für Kaufleute gelten würden, nach Möglichkeit vermeiden. Sonderbestimmungen für Kaufleute sollen nur da gelten, wo sie für den Verkehr notwendig, unter Nichtkaufleuten aber zu streng erscheinen. Für die objektive Auffassung im schweizerischen Recht spricht sodann die Tatsache, dass das Gesetz zwischen Sonderbestimmungen die nur für Kaufleute ⁴⁾ gelten sollen und solchen für die Anwendung im kaufmännischen Verkehr unterscheidet. Die verschiedenen Bezeichnungen lassen nur eine Auslegung im Sinne der objektiven Auffassung zu ⁵⁾.

Der kaufmännische Verkehr ist somit als sachlicher Begriff zu verstehen; es wird auf die Art des Verkehrs abgestellt und nicht auf persönliche Eigenschaften der daran beteiligten Personen. Es handelt sich dabei um die Abwicklung von Geschäften wie sie typisch unter Kaufleuten stattfinden, wobei das Kriterium nicht in der Person des Kaufmanns, sondern vielmehr in der Art des Verkehrs liegt.

4) Z.B. Art. 104 Abs. 3 OR.

5) Gleiche Begründung bei Rüfenacht 79; Plüss 86; Giger OR 190 N 15. Vgl. dazu auch Schneider/Fick Art. 234 aOR A 2.

§ 2 Kaufmännischer Verkehr und Handelsgeschäft

A. Handel

§ 1 HGB stellt für das deutsche Recht eine Liste der Handelsgeschäfte auf; das OR bestimmt hingegen nicht, welche besonderen Merkmale das Kaufgeschäft aufweisen muss, um als Handelsgeschäft zu gelten.

Das Kriterium des kaufmännischen Verkehrs liegt im Umsatz, d.h. im Gütertausch, bestehend aus Anschaffung und Weiterveräußerung⁶⁾. Bei der Anschaffung hat der Käufer die Rolle des Erwerbenden, bei der Weiterveräußerung die Rolle desjenigen, von dem man erwirbt, also des Verkäufers. Anschaffung und Weiterveräußerung stehen in einem wirtschaftlichen Zusammenhang, da die Waren zum Zwecke der Weiterveräußerung erworben werden. Beide Geschäfte müssen dieselben Gegenstände umfassen; die Reihenfolge ist indessen gleichgültig, das Veräußerungsgeschäft kann somit dem Anschaffungsgeschäft vorausgehen. Nach dieser Begriffsbestimmung fallen daher als Anschaffungs- und Veräußerungsgeschäft nicht in Betracht:

- Unentgeltliche Vertragsgeschäfte
- Erwerb von Todes wegen
- Originärer Eigentumserwerb
- Geschäfte, die nicht auf Eigentumserwerb, sondern auf den Erwerb beschränkter dinglicher oder obligatorischer Rechte gerichtet sind.

Ob das Eigentum auch wirklich übertragen wird, ist nicht entscheidend⁷⁾. Der Kaufvertrag⁸⁾ als Verpflichtungsgeschäft bezweckt den Umsatz von Gütern, ist aber nicht dieser Umsatz selbst.

6) Vgl. dazu eingehend Schlegelberger HGB 1 A 29 ff.

7) Kauf unter Eigentumsvorbehalt ist im kaufmännischen Verkehr möglich.

8) Vgl. zur Rechtsnatur des Kaufvertrages Giger OR 184 N 6 ff.; Keller/Lörtscher 3 f.

Es genügt, wenn der Wille der Parteien auf Eigentumsübertragug gerichtet ist.

Beim Kauf im kaufmännischen Verkehr handelt es sich daher stets um ein Handelsgeschäft (als Oberbegriff), das auch als "Handelskauf" bezeichnet werden kann⁹⁾.

9) Vgl. etwa Giger OR 190 N 15 und Cavin 4. Anders das im subjektiven System verwurzelte deutsche Recht: "Handelsgeschäfte sind alle Geschäfte eines Kaufmanns, die zum Betriebe seines Handelsgewerbes gehören" (§ 343 Abs. 1 HGB).

I. Absicht der Weiterveräußerung

Die kundgetane Absicht des Erwerbers auf Weiterveräußerung ist ein konstitutives Element des kaufmännischen Verkehrs. Kaufmännischer Verkehr liegt nur dann vor, wenn die Absicht, ein Geschäft zum Zweck des Umsatzes abzuschliessen, dem Vertragspartner bei Vertragsschluss entweder ausdrücklich kundgetan wird, oder von ihm aus den Umständen entnommen werden kann¹⁰⁾. Nur in dem Fall können die Sondervorschriften für den kaufmännischen Verkehr zur Anwendung gebracht werden¹¹⁾. Es empfiehlt sich deshalb, diesen Punkt bei Vertragsschluss ausdrücklich zu regeln.

Im schweizerischen Recht wird, im Interesse der Verkehrssicherheit, auf die äussere, für den Erklärungsempfänger sichtbare Erklärung abgestellt. Es kommt nicht auf den inneren Willen des Erklärenden an, sondern darauf, welchen Sinn ein redlich und vernünftiger Empfänger der Erklärung beimessen kann und darf. Eine Willenserklärung ist so zu verstehen, "wie sie nach Treu und Glauben im Verkehr von der Gegenpartei aufgefasst werden durfte; der Erklärende ist nicht gebunden, weil er einen bestimmt gearteten inneren Willen hatte, sondern weil er ein Verhalten an den Tag gelegt hat, aus dem die Gegenseite in guten Treuen auf das Vorhandensein eines bestimmten Willens schliessen durfte."¹²⁾.

10) Unter Kaufleuten wird diese Absicht und folglich das Bestehen des kaufmännischen Verkehrs vermutet, vgl. dazu § 3/A., S. 20.

Als Indizien werden z.B. betrachtet: Art der Korrespondenz, Umfang der Bestellung, die Zahl der schon abgeschlossenen oder erkennbar noch zu erwartenden Geschäfte (SJZ 11 1914/15 368), die Absicht, aus Preisschwankungen Nutzen zu ziehen, der erkennbare Zweck der Anschaffung oder die Berücksichtigung gewisser Handelssitten.

11) Der Käufer trägt gemäss Art. 8 ZGB hierfür die Beweislast.

12) BGE 69 II 322, vgl. auch BGE 97 II 74. Zur Vertrauenstheorie Meier-Hayoz, Das Vertrauensprinzip beim Vertragsschluss, Diss. Zürich 1948. Weitere Literaturhinweise bei Bucher (4) § 12.

Wie Plüss¹³⁾ zu Recht feststellt, ist die Spekulationsabsicht ein typischer Zug der kaufmännischen Tätigkeit. Die Absicht des Erwerbers auf Weiterveräußerung umfasst stets auch das spekulative Element der Gewinnerzielung. Nicht nötig ist, dass die Weiterveräußerung auch tatsächlich vorgenommen wird, da allein auf die erkennbare Absicht des Erwerbers auf Weiterveräußerung im Zeitpunkt des Vertragsschlusses abgestellt werden muss¹⁴⁾. Gleichgültig ist auch die Reihenfolge, das Veräußerungsgeschäft kann also dem Anschaffungsgeschäft voraus gehen.

Kein Kauf im kaufmännischen Verkehr liegt vor, falls der Erwerb in der Absicht geschieht, die Sache in den Eigengebrauch zu nehmen und sie dann später trotzdem weiterveräußert wird.

II. Form der Weiterveräußerung

Wie einleitend zu diesem Paragraphen bemerkt wurde, braucht die Weiterveräußerung nicht in der Form des Verkaufs im technischen Sinne vorgenommen zu werden. Es sind alle entgeltlichen Veräußerungsgeschäfte begrifflich erfasst, da sie dem Wesen des Umsatzes entsprechen.

III. Bearbeitung und Abgrenzung zur Verarbeitung

Weiterveräußerung besagt nicht, die Ware müsse vom Käufer in der gleichen Form wieder abgesetzt werden, in der er sie erworben hat. Es handelt sich nicht nur dann um einen Kauf im kaufmännischen Verkehr, wenn der Erwerber die Absicht hat, die angeschafften Sachen unverändert weiterzuverkaufen, also reine Umsatzgeschäfte zu betreiben, sondern auch dann, wenn er vor der Weiterveräußerung die Waren zu bearbeiten gedenkt.

13) Plüss 92; vgl. auch Munzinger (2) 6 und Bloch 43.

14) Gl. M. Jean Ammann 33.

Es stellt sich jedoch die Frage, wie lange von einem Umsatzgeschäft gesprochen werden kann, wenn Bearbeitungen an der Ware erfolgen. Plüss ¹⁵⁾ erkennt dazu zu Recht: "Hauptmerkmal darf nicht die Verarbeitung sein, sondern der Zweck muss im Umsatz liegen, im Wiederverkauf."

Diese kurze Begründung ist zu vage, als dass sie im Einzelfall als Abgrenzung von Nutzen sein könnte. Das Augenmerk muss auf den Wert der beiden Faktoren, Stoff und Arbeit, gerichtet werden: Ist die Arbeit mehr wert als der Stoff, kann man nicht mehr von einem Umsatzgeschäft sprechen. Kauf zum Zwecke der Umgestaltung und anschließender Weiterveräußerung ist kein kaufmännischer Verkehr ¹⁶⁾.

Blosse Aenderungen oder Wertsteigerungen machen aber am Charakter des Umsatzgeschäftes keinen Abstrich; sie sind im kaufmännischen Verkehr möglich. Demzufolge muss zwischen Bearbeitung und Verarbeitung unterschieden werden: Bearbeitung bedeutet Formänderung, Verarbeitung die Herstellung einer neuen Sache aus dem alten Stoff. Ob der Erwerb von Waren zur Verarbeitung in einem Fabrikationsgewerbe im Sinne von Art. 53 lit. B HRV ¹⁷⁾ als kaufmännischer Verkehr gilt, ist nicht in jedem Fall ohne Schwierigkeit zu entscheiden. Werden Waren mittels einer technischen Leistung veredelt, ohne dass dadurch eine neue Sache geschaffen wird und dann weiterveräußert, handelt es sich dabei um ein Umsatzgeschäft, also um kaufmännischen Verkehr. Der Erwerb zur Bearbeitung von Rohstoffen kann dagegen nur in Ausnahmefällen noch als kaufmännischer Verkehr gewertet werden, etwa dann, wenn bloss farbliche oder förmliche Aenderungen vorgenommen werden. Der Verkauf von Materialien an Handwerker ist daher in der Regel kein Handelskauf. Die gleiche Ansicht, jedoch mit anderer Begründung wird in BlHE 3/27 ¹⁸⁾ vertreten: Im Verkehr mit Handwerkern spielen meist die "Pünktlichkeit" nicht dieselbe entscheidende Rolle wie im kaufmännischen Verkehr.

15) Plüss 100.

16) Das gilt etwa für die Statue aus Stein, den Schrank aus Holz oder das Gemälde aus Papier oder Leinwand.

17) "Fabrikationsgewerbe sind Gewerbe, die durch Bearbeitung von Rohstoffen und andern Waren mit Hilfe von Maschinen oder andern technischen Hilfsmitteln neue oder veredelte Erzeugnisse herstellen."

18) Uebernommen von Becker OR 190 N 3 und Giger OR 190 N 19.

Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb bei Handwerkern das Kriterium der "Pünktlichkeit" herangezogen werden soll. Das führt zu einer ungerechtfertigten Sonderbehandlung der Handwerker und widerspricht damit der sachlichen Begriffsauffassung des kaufmännischen Verkehrs¹⁹⁾. Auch für den Handwerker, der an der Ware kleine Umgestaltungen vornimmt, kann die Pünktlichkeit dieselbe entscheidende Bedeutung haben wie für den Nichthandwerker. Entscheidend kann nur das Kriterium sein, ob der Handwerker die Waren mit der erkennbaren Absicht erwirbt, sie vor der Weiterveräußerung zu bearbeiten (kaufmännischer Verkehr) oder sie zu verarbeiten (kein kaufmännischer Verkehr). Wenn der Handwerker primär Händlerfunktionen ausübt, denen gegenüber die Arbeitsleistung wertmässig in den Hintergrund tritt, steht der Annahme des Vorliegens von kaufmännischem Verkehr nichts im Wege.

IV. Abgrenzung zum Eigengebrauch

Bei Eigengebrauch ist kaufmännischer Verkehr ausgeschlossen²⁰⁾. Hat der Erwerber zur Zeit des Vertragsschlusses die Absicht, einen Teil der Ware für den eigenen Gebrauch zu behalten und den anderen Teil weiter zu veräußern, ist die Grösse der Teile entscheidend²¹⁾.

19) Auch die Stellungnahme von Cavin 5 schafft wenig Klarheit.

20) Vgl. dazu vorstehend I., S. 11 f.

21) Plüss 93 f.; ZBJV 31/264 ff.; SJZ 11/368.

Dabei gilt es zu beachten, dass unter Kaufleuten die Absicht der Weiterveräußerung vermutet wird, vgl. dazu § 3 A., S. 20.

V. Zur Verteilung des Verwendungszweckstörungs- und Gewährleistungsrisikos.

Jedem Wirtschaften liegt ein Planungsvorgang zugrunde. So plant der anbietende Teil bei Austauschverträgen im wesentlichen den Leistungserbringungsprozess, d.h. wie und mit welchen Mitteln dem Vertragspartner das in Aussicht gestellte Gut verschafft werden soll. Sein Vertragspartner plant - von der Erbringung der Gegenleistung abgesehen - seinen Einsatz zur Deckung des Bedarfes. Jede Situation, in der eine Planung erfolgt, ist durch Ungewissheit gekennzeichnet. Der Planende wird nämlich kaum jemals alle der Gegenwart oder Vergangenheit angehörende Daten, die für seine Planung von Bedeutung sind, in Erfahrung bringen. Erst recht besitzt er keine exakten Kenntnisse über die zukünftigen Ereignisse, die für die Erreichung seiner Ziele erheblich sind. In einer vom Wettbewerb getragenen Wirtschaft hat sich jede Vertragspartei auf eigene Gefahr über die Angebots- und Nachfragesituation auf dem Markt zu erkundigen. Der Käufer soll versuchen, die Angebote so weit wie möglich zu drücken. Er mag sich auf dem Markt informieren, ob andere Anbieter zu höheren oder niedrigeren Preisen offerieren, wenn ihm die Hoffnung auf ein günstigeres Angebot diesen Aufwand wert ist. Andererseits ist es in erster Linie Sache des Verkäufers, sich über die Intensität der Nachfrage zu unterrichten. Für den Käufer ist diese nur insoweit von Interesse, als er daraus schliessen kann, wie gross seine Möglichkeit ist, Druck auf die Preise auszuüben. Weil der Schuldner eben nicht genau weiss, zu welchen Preiskonzessionen konkurrierende Anbieter zum Vertragsschluss bereit sein könnten, fühlt er sich oftmals gezwungen durch Preiszugeständnisse zum Abschluss von Verträgen zu gelangen. Aus psychologischer Sicht kann festgehalten werden, dass beim Handelskauf die von den Parteien verfolgten Sachzwecke stets einander entgegengesetzt sind. Der Verkäufer verfolgt nämlich nicht den Zweck "Übereignung des Kaufgegenstandes", sondern allein seine eigene Bedarfsbefriedigung mit Hilfe der aus dem Kaufvertrag erwarteten Vergütung. Der Käufer seinerseits hat nur seine eigene Bedarfsdeckung im Auge. Gemeinsam ist den Parteien lediglich der Zweck, sich wechselseitig zu binden.

Das Risiko, dass der Käufer den Kaufgegenstand nicht gewinnbringend weiterveräußern kann, es mithin zu einer Störung seiner Verwendungsplanung kommt, muss von diesem allein getragen werden. Der Verkäufer kann nur das "Risiko" der Beschaffenheit der Ware überschauen und damit in gewissen Umfang beherrschen. Die geplante Verwendung hingegen - beim kaufmännischen Verkehr die Weiterveräußerung mit Gewinn - ist für den Verkäufer nur insoweit rechtlich relevant, als die Verwendungstauglichkeit Anknüpfungspunkt für die Gewährleistungspflicht bildet. Die Gewährleistungspflicht stellt denn auch das grösste Risiko des Verkäufers dar. Dieser ist wegen des differenzierten Güterangebotes oftmals nicht in der Lage, die Qualität der von ihm verkauften Waren zu kontrollieren. Diese Unfähigkeit der Händler, die Beschaffenheit der von ihnen angebotenen Waren zuverlässig zu prüfen, hängt weniger mit ihren technischen Fähigkeiten zusammen. Eine zuverlässige Kontrolle liesse sich ohne weiteres durch die Beschäftigung spezialisierten Personals und technische Investitionen aufbauen. Entscheidend ist vielmehr, dass angesichts der zu erwartenden Risiken die Übernahme der Gewährleistungsgefahr vielfach billiger als eine umfassende Kontrolle ist. Es ist Sache des Verkäufers, das Risiko eines Sachmangels und die auf ihn aus der Ausübung des Gewährleistungsrechtes zukommende Belastung zu kalkulieren. Anhand dieser Rentabilitätsberechnung hat er sich zu entscheiden, ob es kostengünstiger ist, die Gefahr eines Weiterverkaufs ohne vorherige Untersuchung in Kauf zu nehmen oder ob erhöhte Prüfungsanstrengungen lohnend erscheinen. Er soll dabei auch die Zuverlässigkeit seines Lieferanten in Betracht ziehen. Es ist auf jeden Fall von Vorteil, diese Risikobewertung in der Preiskalkulation zu berücksichtigen.

Aufgabe des Käufers ist es, dass er sich, bevor er sich mit Waren eindeckt, über die Markt- und Preislage orientiert. Der marktnähere Händler soll sich über die Lage auf dem Markt, auf dem er die Ware weitervertreiben will, informieren um zukünftige Nachfrageveränderung vorhersehen zu können. Abgesehen davon, wird wohl kein Verkäufer ein Geschäft davon abhängig machen, dass die Ware von seinem Abnehmer mit Gewinn weiterverkauft werden kann.

B. Kaufgegenstand (Fahrniskauf)

I. Bewegliche Sache

Das deutsche Recht hat den Handelskauf gemäss § 1 Abs. 2 Ziff. 1 HGB ausdrücklich auf bewegliche Sachen und Wertpapiere beschränkt. Alle unbeweglichen Sachen und alle Kaufgegenstände, die nicht zu den körperlichen Sachen gehören, scheiden aus. Im schweizerischen Recht fehlt eine nähere Umschreibung²²⁾. Die folgenden Ueberlegungen sprechen gegen eine Ausweitung des kaufmännischen Verkehrs auf Grundstückskäufe:

Art. 190, 191 und 215 bilden eine lex specialis gegenüber den allgemeinen obligationenrechtlichen Bestimmungen über den Verzug (Art. 102 ff. OR) und sind auf den Fahrnischarakter zugeschnitten. Zu Recht schreibt Cavin²³⁾ "Die Auslegung dieses Ausdrucks hat vom Zweck der Vorschriften auszugehen, in denen er enthalten ist." Gemeinsamer Zweck der Sondervorschriften sind klare Verhältnisse und rechtzeitige Lieferung.

22) Bloch spricht von "Waren oder anderen Gegenständen" und Ehrenberg vertritt die Ansicht, dass "grundsätzlich jeder Gegenstand Objekt des kaufmännischen Verkehrs sein kann", also insbesondere auch Grundstücke (Bloch 43; Ehrenberg 6). Plüss will die Spezialvorschriften nur auf den Kauf von beweglichen Sachen anwenden, weil Art. 190, 191 Abs. 2 und 215 Abs. 1 OR im Abschnitt über den Fahrniskauf eingereiht sind (Plüss 108).

23) Cavin 4. Vgl. auch Giger OR 190 N 4, 6 und 17.

Gemäss Art. 190 OR genügt im kaufmännischen Verkehr die Vereinbarung eines "bestimmten Lieferungsstermins" (Verfalltag), um die fixgeschäftstypischen Rechtsfolgen auszulösen. Der Gesetzgeber wollte damit den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs nach speditiver Vertragsabwicklung durch Abkürzen des von Art. 107 OR verlangten Vorgehens beim Verzug Rechnung tragen. Es ist jedoch nicht einzusehen, weshalb auch beim Grundstückkauf diese Fiktion Platz greifen sollte. Grundstücke sind keine Waren, welche, trotz Grundstückspekulation, ständigen Preisschwankungen unterworfen sind oder durch Zeitablauf rasch an Wert verlieren²⁴⁾. Die Möglichkeit eines raschen Vorgehens des Gläubigers beim Schuldnerverzug sowie der Vertragspartei, die sich auf den Verzug der Gegenpartei beruft, den Ersatz des Schadens zu erleichtern, ist das gesetzgeberische Motiv der Sondervorschriften. Beim Grundstückkauf besteht kein Grund, im Falle des Verzugs einer Partei der Gegenpartei diese Erleichterungen zu ermöglichen, so dass eine Ausweitung der Sondernormen gerechtfertigt wäre.

Art. 187 OR umschreibt den Gegenstand des Fahrniskaufes. Gemäss Art. 713 ZGB gelten diejenigen Sachen als Fahrnis, welche nicht in fester Verbindung mit dem Boden stehen und ihre räumliche Lage ohne Substanzverlust beliebig ändern können²⁵⁾. Fahrnis umfasst auch Energien (Art. 713 ZGB)²⁶⁾, Forderungen und andere Rechte (Art. 899 ZGB)²⁷⁾, insbesondere auch Wertpapiere²⁸⁾.

24) Vgl. auch Cavin 129.

25) Das ZGB bezeichnet in der Marginalie zu Art. 677 "Hütten, Buden, Baracken und dergleichen, welche ohne Absicht bleibender Verbindung auf fremden Boden aufgerichtet sind" als Fahrnisbauten.

26) Giger OR 184 N 22; Tuor/Schnyder 616.

27) Giger OR 187 N 23 f.

28) Das Zürcher Obergericht hat in einem Entscheid vom 31. August 1889 auf den Kauf von Wertpapieren die Sonderregelung für den Kauf im kaufmännischen Verkehr zur Anwendung gebracht (BlHE 8/276 ff.).

Das Bedürfnis, die Regeln des kaufmännischen Verkehrs auf den Kauf von Wertpapieren anzuwenden, ist nicht sehr gross²⁹⁾. Ein Grund, sie davon auszuschliessen lässt sich aber nicht rechtfertigen³⁰⁾.

II. Gattungs- und Speziessache ³¹⁾

Cavin ³²⁾ will den Handelskauf auf den Kauf von Gattungssachen beschränken, argumentiert aber unsicher. Meiner Meinung nach richtet er sein Augenmerk zu sehr auf die Erscheinungsformen in der Praxis wo es sich in der Mehrzahl der Fälle um Gattungssachen handelt. Zu dieser Einschränkung besteht jedoch kein Anlass. Sie hat auch in der übrigen Literatur und Judikatur keinen Einlass gefunden. Auf den Wortlaut oder die ratio legis der Sondervorschriften kann man sich für diese Einschränkung nicht berufen. Auch beim Handelskauf von Speziessachen (z.B. Occasionen, Erzeugnissen der Kunst und des Kunstgewerbes, einzeln angefertigter Maschinen) besteht ein Bedürfnis nach speditiver Abwicklung der Geschäfte. Weiter gilt zu berücksichtigen, dass es sich bei vertretbaren Sachen (objektives Kriterium) nach dem Willen der Parteien um Speziessachen handeln kann (subjektives Kriterium: Kauf eines individualisierten Exemplars). Den Sondervorschriften kann aber die Einschränkung, es müsse sich beim Kauf im kaufmännischen Verkehr um Waren handeln, die der Käufer zum regelmässigen Absatz bestimmt habe, nicht entnommen werden. Für eine derartige, die subjektiven Absichten des Käufers berücksichtigende Auslegung bestehen im Gesetz keine Anhaltspunkte. Es soll vielmehr jeder einzelne Kauf zum Wiederverkauf als kaufmännischer Verkehr gewertet werden.

29) Plüss lässt die Frage offen, entscheidet sich aber zu Recht beim Kauf von Waren mittels Wertpapieren für die Anwendbarkeit der Sonderregeln (Plüss 109).

30) Giger OR 187 N 23 f.

31) Zur Rechtsnatur vgl. Giger OR 197 - 210 N 13-19.

32) Cavin 5.

§ 3 Die Vertragsparteien

A. Kaufmännischer Verkehr zwischen Kaufleuten

Wird ein Vertrag zwischen Kaufleuten abgeschlossen, gilt die Vermutung, dass es sich dabei um ein Geschäft im kaufmännischen Verkehr handle¹⁾. Diese Präsumtion entspricht der ratio legis von Art. 190 OR als Sonderregelung, stellt doch der Verkehr unter Kaufleuten in der Regel kaufmännischen Verkehr dar, so dass es eine überflüssige Erschwerung darstellen würde, wenn derjenige Kaufmann, der sich gegenüber einem anderen Kaufmann auf den kaufmännischen Verkehr beruft, dessen Vorhandensein zu beweisen hätte. Die Umkehr der Beweislast hat ihren Zweck im Sinne einer raschen Abwicklung der Geschäfte im kaufmännischen Verkehr. Trotz des in der Schweiz herrschenden objektiven Systems ist die Kaufmannseigenschaft hier von Bedeutung²⁾. Die Vermutung besteht auch, wenn die abgeschlossenen Geschäfte nicht zum Gewerbebetrieb der Kaufleute gehören, weil auch diese Zugehörigkeit von der Vermutung umfasst wird³⁾. Die Vermutung kann durch den Nachweis entkräftet werden, dass der betreffende Kauf nicht zum Zweck des Weiterverkaufs, sondern (hauptsächlich) für den Eigenbedarf des Käufers getätigt wurde. Der Kaufmann hat zu beweisen, der andere Kaufmann habe gewusst oder hätte wissen müssen, dass auf das abgeschlossene Geschäft die Sonderbestimmungen nicht zur Anwendung gelangen sollten, bzw. die Voraussetzungen für den kaufmännischen Verkehr⁴⁾ nicht gegeben sind.

-
- 1) BGE 24 II 396, 49 II 81, 228; BlHE 19/89; Keppler 22; Rüfenacht 79; Plüss 88; Bloch 41 und 64 f.; Becker OR 190 N 3; Giger OR 190 N 18.
 - 2) Durchbruch des subjektiven Systems; auch der Geltungsbereich der folgenden Vorschriften ist an die Kaufmannseigenschaft gebunden (handelsrechtliche Normen):
Art. 104 Abs. 3 OR: Fakultative Erhöhung der Verzugszinse für Kaufleute
Art. 458 Abs. 1 OR: Bestellung einer kaufmännischen Prokura
Art. 462 Abs. 1 OR: Bestellung einer Handelsvollmacht
Art. 934 ff. OR: Eintragungspflicht in das Handelsregister
Art. 957 ff. OR: Buchführungspflicht, Bilanzvorschriften, Aufbewahrungs- und Editionsspflicht der Bücher.

I. Erwerb der Kaufmannseigenschaft

1. Objektive Voraussetzungen

Da beim Abschluss eines Kaufvertrages zwischen Kaufleuten kaufmännischer Verkehr vermutet wird, muss im Rahmen dieser Arbeit auf die Kaufmannseigenschaft⁵⁾ eingegangen werden, dies umso mehr, als dass das Schweizerische Recht den Begriff nicht definiert hat⁶⁾.

Nach der allgemeinen Umschreibung von Art. 934 Abs. 1 OR bedeutet kaufmännisches Unternehmen soviel wie "Handels-, Fabrikations- oder ein anderes nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe". Nach der genannten Vorschrift muss sich ins Handelsregister eintragen lassen, wer als Inhaber ein solches Unternehmen betreibt. Wesentlich für die Kaufmannseigenschaft ist also die kaufmännische Art der Führung eines Betriebes, was aus den Umschreibungen der Art. 934 Abs. 1 OR und Art. 52 HRV hervorgeht, obwohl das Gesetz diejenigen, die ein solches Gewerbe betreiben, nicht als Kaufleute bezeichnet⁷⁾.

Art. 1102 OR: Passive Checkfähigkeit

Art. 895 Ab. 2 ZGB: Retentionsrecht für Kaufleute
Bestimmungen der HRV.

3) BGE 49 II 81, 228.

4) Vgl. dazu vorne 3. Kap./§ 2., S. 9 ff.

5) Vgl. dazu P. Simsa, Der Kaufmannsbegriff im schweizerischen Recht, Diss. Basel 1960; Patry, Die kaufmännische Unternehmung, SPR VIII/1 70 ff.; R. Morell, Der Begriff des Kaufmanns im schweizerischen OR, SJZ 30/1 ff.; Rüfenacht 20-40; Bloch 46 ff.

6) Anders das deutsche Recht, wo die besondere Natur der in den §§ 1-7 HGB aufgezählten Geschäfte die Kaufmannseigenschaft bestimmt, geht das OR von der Art der Führung des Gewerbes aus.

7) Art. 53 lit. A HRV beinhaltet eine nicht abschliessende Aufzählung von Handelsgewerben: Es handelt sich dabei um den Austausch von Gütern oder Leistung von Diensten.

Art. 53 lit. B HRV umschreibt das Fabrikationsgewerbe mit "Bearbeitung von Rohstoffen und anderen Waren mit Hilfe von Maschinen oder anderen technischen Hilfsmitteln" zwecks Herstellung oder Veredelung Erzeugnissen.

Art. 53 lit. C HRV bezeichnet die anderen, nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe, also Unternehmen, die nach "Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordern." Darunter können etwa folgende Unternehmen subsumiert werden: Grosse Handwerksbetriebe, Baugewerbe, Theater-, Schauspiel- und Zirkusunternehmungen etc.

Mit anderen Worten, der Kaufmann betreibt ein Gewerbe, das nach seiner Art und seinem Umfang sowie im Interesse des Publikums einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert⁸⁾.

Zahlreiche Personen, die Handelsgeschäfte im Sinne des Gesetzes vornehmen, üben eine so eingeschränkte Tätigkeit aus, dass es nicht nötig ist, sie als Kaufleute zu bezeichnen und sie dadurch den Formalitäten der Handelsregistereintragung, einer geordneten kaufmännischen Buchführung und der Konkursbetreibung zu unterwerfen. Der kleine Gewerbetreibende, dessen Betrieb nach Art und Umfang keinen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, ist mit dem Minderkaufmann des deutschen Rechts identisch⁹⁾. Die Bezeichnung "Art und Umfang" in Art. 53 lit. C HRV macht deutlich, dass auf ein qualitatives und auf ein quantitatives Element abgestellt werden muss. "Art" des Unternehmens kann zweierlei bedeuten; man kann den Begriff im Sinne von "Gegenstand des Unternehmens" gemäss Art. 626 Ziff. 2 und 776 Ziff. 2 OR verstehen, oder man denkt an die Betriebsweise des Gewerbes. Hier kann nur beides gemeint sein. Es ist demnach zu prüfen, ob das Unternehmen sowohl nach der Natur der im Betrieb vorkommenden Geschäfte, wie nach der Art ihrer Abwicklung einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert.

Das quantitative Erfordernis betrifft den Umfang des Unternehmens. Für den Umfang eines Betriebes kann nicht allein die Roheinnahme massgebend sein, vielmehr ist auf die wirtschaftliche Bedeutung in ihrer Gesamtheit abzustellen, etwa auf die Zahl des beschäftigten Personals, die Grösse des Kundenkreises, das Anlage- und Betriebskapital, die benutzten Räume und Liegenschaften. Auch der Umsatz kann dabei eine gewisse Rolle spielen, ist jedoch nicht entscheidend. Ein Unternehmen kann nach dem Gegenstand seiner Geschäfte oder der Betriebsweise auch schon bei relativ geringem Umsatz eine kaufmännische Betriebsweise erfordern.

-
- 8) "Eine kaufmännische Art der Betriebsführung ist dann gegeben, wenn das Gewerbe sich so präsentiert, dass der Unternehmer einen planmässigen Einsatz von Arbeit und Kapital einsetzen kann" (BGE 63 II 94).
- 9) § 4 HGB; zu den Voraussetzungen der Minderkaufmannseigenschaft vgl. insbesondere Schlegelberger §4 HGB N 3-8.

Auf der anderen Seite können Unternehmungen mit hohem Umsatz so einfache Geschäfte mit wenigen Kunden und kleiner Betriebsart tätigen, dass ein kaufmännischer Geschäftsbetrieb als überflüssige Komplizierung des Unternehmens erscheint¹⁰⁾. Angesichts der Vielgestaltigkeit der Einzelfälle sowie der Fülle der zu berücksichtigenden Faktoren lassen sich keine festen Grenzen aufstellen.

Es kommt nicht darauf an, ob die kaufmännische Einrichtung vorhanden ist, sondern ob sie erforderlich ist. Für diese Entscheidung ist auf die im jeweiligen Zeitpunkt tatsächlichen Umstände abzustellen, nicht auf Aussichten, vom Kleinbetrieb zum Grossbetrieb zu werden. Zu den massgeblichen Umständen zählt die deutsche Praxis zu Recht auch die Planungen des Unternehmensinhabers, soweit sie sich in konkreten Massnahmen niederschlagen¹¹⁾.

Bei der Prüfung der weiteren objektiven Voraussetzung der Kaufmannseigenschaft (Betreiben eines Gewerbes), ist von Art. 52 Abs. 3 HRV auszugehen. Diese Vorschrift definiert Gewerbe als eine "Selbständige, auf dauernden Erwerb gerichtete Tätigkeit."

Diese Definition umfasst drei begriffswesentliche Elemente:

- a) Das zeitliche Element: Damit wird auf einen einheitlichen Willensentschluss hingewiesen, während einer längeren Zeitspanne zum Zwecke des Erwerbs tätig zu werden. Auch eine wirtschaftliche Tätigkeit die nur vorübergehend oder vorläufig ausgeübt wird, schliesst nicht aus, dass dennoch eine eintragungspflichtige Unternehmung vorliegt. Völlig zu Recht misst deshalb das Bundesgericht dem Erfordernis der Dauer keine entscheidende Bedeutung zu: In BGE 84 I 187 ff. wird ein Zeitraum von nicht ganz drei Monaten als "dauernd" bezeichnet¹²⁾.

10) So hat das Bundesgericht in BGE 75 I 74 ff. entschieden, dass für das Geschäft eines Käfers, mit einem Angestellten und zwei Abnehmern, trotz eines jährlichen Umsatzes von Fr. 75'000.-- bis Fr. 80'000.-- (damals betrug der Minimalbetrag für die Eintragungspflicht im Handelsregister gemäss Art. 54 HRV Fr. 25'000.--) ein kaufmännischer Betrieb nicht erforderlich ist. Vgl. auch BGE 61 I 302 f.

11) BGHZ 10, 91.

12) Vgl. auch BGE 104 Ib 261. "L'interprétation historique de l'art. 52 al. 3 ORC montre donc que l'entreprise est une activité organisée, consistant dans la répétition, envisagée d'emblée, d'affaires identiques et exercée en vue d'un revenu. Il importe peu que cette activité soit limitée dans le temps, sauf si elle s'étend sur une période si brève que la répétition organisée d'affaires identiques est exclue" (BGE 84 I 190).

Auch bei kurzer, zeitweiliger Unterbrechung bleibt diese Voraussetzung erfüllt¹³⁾. Der zeitlichen Begrenztheit kommt somit keine entscheidende Bedeutung zu, wenn sie nicht von vornherein eine Wiederholung von gleichartigen, auf Erwerb abzielenden Geschäften ausschliesst.

- b) Das Element der Selbständigkeit: Diese kann eine rechtliche oder eine wirtschaftliche sein¹⁴⁾. Demzufolge ist sowohl die (rechtlich selbständige, aber wirtschaftlich abhängige) Tochtergesellschaft oder Einmann-AG¹⁵⁾, als auch die (wirtschaftlich selbständige aber rechtlich abhängige) Zweigniederlassung¹⁶⁾ als Gewerbe zu betrachten.
- c) Das Erwerbselement: Die Gewinnabsicht, bzw. das Erreichen eines bilanzmässigen Ueberschusses (Ertrag) ist nicht Begriffsmerkmal¹⁷⁾. Die Tätigkeit muss also nicht notwendigerweise auf Gewinn ausgerichtet sein.

13) Wie dies der Fall beim Saisongewerbe ist.

14) Meier-Hayoz 110.

15) BGE 92 II 160 ff.

16) BGE 81 I 154 ff., 89 I 407 ff.; vgl. auch Peter Gauch, Der Zweigbetrieb im schweizerischen Zivilrecht, Zürich 1974.

17) "Im Gegensatz zur deutschen Rechtsauffassung ist nach schweizerischem Recht die Gewinnabsicht nicht wesentlich" (Kreisschreiben des EJPD vom 20. August 1937, BBl 1937 II 818). Vgl. auch His OR 934 N 14; BGE 56 I 23, 80 I 383 ff.; Meier-Hayoz/Forstmoser 110 f.

Da im schweizerischen Recht der HR-Eintrag im Hinblick auf die Kaufmannseigenschaft ohne Belang ist, gibt es also auch Kaufleute, die nicht eintragungspflichtig sind, und umgekehrt ist nicht jeder, der im HR aufgeführt wird, notwendigerweise ein Kaufmann¹⁸⁾. Es war nicht die Absicht des Gesetzgebers mit Art. 54 HRV eine Trennung von Kaufleuten und Nichtkaufleuten herbeizuführen. Die Eintragung ist eine Folge des Umfangs eines Betriebes. Im Gegensatz dazu wird die Kaufmannseigenschaft nach schweizerischer Rechtsauffassung durch die Führung eines Gewerbes nach kaufmännischer Art bestimmt. Es wäre willkürlich, nur diejenigen zu den Kaufleuten zu rechnen, die eintragungspflichtig sind (zumal im schweizerischen Recht ein formeller Kaufmannsbegriff fehlt), da nicht von der Hand gewiesen werden kann, dass in der Rechtsstellung zwischen einem nichteintragungspflichtigen Gewerbetreibenden und einem Nichtgewerbetreibenden ein Unterschied besteht.

Die herrschende Lehre knüpft an den HR-Eintrag jedoch die Vermutung des Bestandes einer kaufmännischen Unternehmung¹⁹⁾. Der Eintrag hat also insofern mittelbare Bedeutung, als daraus die Umkehr der Beweislast für das Vorliegen der Kaufmannseigenschaft resultiert. Diese Präsumtion besteht meiner Ansicht nach zu Recht, da es sich bei der Mehrzahl der im HR eingetragenen Unternehmen um nach kaufmännischer Art zu führende Gewerbe handelt. Es würde eine überflüssige Erschwerung darstellen, müsste bei einer im HR eingetragenen Unternehmung noch bewiesen werden, dass es sich dabei um ein Gewerbe handelt, welches nach seiner Art und seinem Umfang einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert.

18) Bloch 59 f.; Morell 3 f.. A.M. Silvio Giovanoli 15 sowie Meier-Hayoz/Forstmoser "Das kaufmännische Unternehmen lässt sich somit umschreiben als ein selbständiger, organisierter Geschäftsbetrieb der sich regelmässig mit dem Handel oder der Fabrikation von Gütern beschäftigt oder einer anderen, die Berücksichtigung kaufmännischer Grundsätze erfordernden Tätigkeit obliegt und einen Jahresumsatz von mindestens Fr. 100'000.-- erzielt" (S. 110 f.).

19) Vgl. etwa Patry 151.

2. Subjektive Voraussetzungen

2.1. Natürliche Personen

Die Kaufmannseigenschaft der natürlichen Person ist unabhängig von Alter²⁰⁾, Geschlecht, Zivilstand, Staatsangehörigkeit und Religionsbekenntnis. Obwohl die Handlungsfähigkeit der verheirateten Frau anerkannt wird, sind folgende Einschränkungen zu beachten:

- a) Nach altem Eherecht bedarf die Ehefrau der ausdrücklichen oder stillschweigenden Einwilligung des Ehemannes, um einen Beruf oder ein Gewerbe ausüben zu dürfen (Art. 167 Abs. 1 ZGB). Gutgläubige Dritte dürfen jedoch die Einwilligung voraussetzen, solange nicht ein Verbot des Mannes durch die Behörde veröffentlicht worden ist (Art. 167 Abs. 3 ZGB). Gegen die Weigerung des Ehemannes kann sie an den Richter gelangen, der seinerseits die Ermächtigung ausspricht, wenn die Interessen der ehelichen Gemeinschaft oder der Familie es gebieten (Art. 167 Abs. 2 ZGB). Diese Bestimmung wurde im neuen Recht gestrichen, stand sie doch in einem offensichtlichen Widerspruch zur Gleichberechtigung der Ehegatten nach Art. 4 Abs. 2 BV. Der neue Art. 167 ZGB schreibt vor, dass jeder Ehegatte bei der Wahl und Ausübung seines Berufs oder Gewerbes auf den andern und das Wohl der ehelichen Gemeinschaft Rücksicht zu nehmen habe.
- b) Ist die Ehefrau Inhaberin einer Einzelfirma, muss sie dem Familiennamen die Bezeichnung "Frau" oder wenigstens einen ihrer Vornamen ausgeschrieben beifügen (Art. 945 Abs. 2 OR).

Als Kaufleute kommen in Frage der Einzelunternehmer, der Kollektivgesellschaftler und der Komplementär, selbst wenn ihre Namen nicht in der Firma genannt werden. Die Führung eines kaufmännischen Unternehmens ist für die Kollektivgesellschaft und für die Kommanditgesellschaft typisch, weil diese Gesellschaftsformen in ihrer gesetzlichen Ordnung auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs ausgerichtet sind.

20) Auch ein Unmündiger oder Entmündigter kann mittels Stellvertreter ein kaufmännisches Gewerbe betreiben. Bei vorhandener Urteilsfähigkeit genügt eine formlose Einwilligung der Eltern oder der Vormundschaftsbehörde.

Beide Gesellschaften entstehen schon durch den tatsächlichen Betrieb des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, gestützt auf den Gesellschaftsvertrag²¹⁾. Die Mitglieder, ausser den Kommanditären, gelten daher schon vor dem HR-Eintrag als Kaufleute.

Den Mitgliedern der nichtkaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft kommt die Kaufmannseigenschaft nicht zu. Plüss betrachtet unter Berufung auf Art. 811 OR und Art. 39 Abs. 1 SchKG, auch die geschäftsführenden Gesellschafter der GmbH als Kaufleute²²⁾. Dazu besteht kein Anlass. Die Unterstellung der betreffenden Personen unter die Konkursbetreibung sowie das Prinzip der Selbstorganschaft²³⁾, vermögen diese Auffassung nicht zu rechtfertigen. Im Recht der Kollektivgesellschaft ist grundsätzlich jeder Gesellschafter für sich allein zur Geschäftsführung und Vertretung zuständig, während bei der GmbH, abweichende statutarische Regelungen gemäss Art. 811 Abs. 2 OR vorbehalten, die Geschäftsführung und Vertretung den Gesellschaftern gemeinsam zusteht²⁴⁾. Rechte und Pflichten dieser Gesellschafter bemessen sich grundsätzlich nach der Kapitaleinlage, es wäre daher verfehlt sie als Inhaber im Sinne von Art. 458 und 934 OR zu betrachten. Die Kaufmannseigenschaft der GmbH als juristische Person genügt (falls ein Gewerbe betrieben wird, das nach seiner Art und seinem Umfang einen kaufmännischen Betrieb erfordert)²⁵⁾, um die Vermutung des kaufmännischen Verkehrs herbeizuführen.

2.2. Juristische Personen

Die Kaufmannseigenschaft kommt der juristischen Person des privaten und öffentlichen Rechts zu, falls sie ein nach kaufmännischer Art geführtes Gewerbe betreibt. Die juristische Person des öffentlichen Rechts erlangt dann die Kaufmannseigenschaft, wenn sie Rechtsge-

21) Meier-Hayoz/Forstmoser 131.

22) Plüss 82.

23) Meier-Hayoz/Forstmoser 309.

24) Vgl. auch Simsa 57.

25) Vgl. dazu hinten 2.2., S. 27 f.

schäfte gewerbsmässig nach privatrechtlichen Grundsätzen abschliesst. Das ist etwa im Bereich des Finanzvermögens oder bei der sogenannten fiskalischen Wettbewerbswirtschaft möglich²⁶⁾.

Bei der AG, Kommandit-AG und GmbH ist die Führung eines kaufmännischen Unternehmens typisch, da diese Gesellschaftsformen in ihrer gesetzlichen Ordnung am besten auf die Bedürfnisse des Handelsverkehrs ausgerichtet sind. Der Genossenschaft wurde vom Gesetzgeber einen weniger passenden Zuschnitt für den Betrieb eines kaufmännischen Unternehmens zugedacht. Die eigentliche Selbsthilfegenossenschaft bedarf eher selten einer kaufmännischen Organisation, während das bei Grossgenossenschaften die Regel ist. Ebenfalls untypisch ist die Führung eines kaufmännischen Unternehmens beim Verein, da er als Organisationsform zur Verfolgung idealer Zwecke ausgestaltet wurde²⁷⁾.

Die Stiftung erlangt dann die Kaufmannseigenschaft, wenn ihr Zweck eine kaufmännische Führung erfordert²⁸⁾.

2.3. Personengesellschaften

Sowohl Kollektiv- als auch Kommanditgesellschaften entstehen schon durch den tatsächlichen Betrieb des nach kaufmännischer Art geführten Gewerbes, im Gegensatz zur nichtkaufmännischen Kollektiv- und Kommanditgesellschaft, die erst durch den HR-Eintrag entsteht²⁹⁾. Da beide Gesellschaften keine von der Persönlichkeit ihrer Mitglieder getrennte rechtliche Existenz führen, werden nicht die Gesellschaften als solche zu Kaufleuten, sondern die beteiligten Kollektivgesellschaftler und die Komplementäre. Sie tragen gegenüber Dritten die alleinige Verantwortung als Eigentümer des Handelsvermögens und Leitungsmacht der Unternehmung, was für den Kommanditär nicht zutrifft. Da er nur mit der Kommanditsumme haftet und zur

26) Fleiner-Gerster 369.

27) Der Verein, der einen kaufmännischen Betrieb führen will, ist gemäss Art. 61 Abs. 2 ZGB verpflichtet, sich in das HR eintragen zu lassen. Die Eintragung hat aber bloss deklaratorische Bedeutung (BGE 83 II 255).

28) Z.B. eine private Krankenkasse oder eine Lehranstalt.

29) Art. 553 OR.

Führung der Geschäfte der Gesellschaft weder berechtigt noch verpflichtet ist (abweichende vertragliche Regelungen gemäss Art. 598 Abs. 1 OR vorbehalten), kann der Kommanditär nicht als Inhaber im Sinne von Art. 934 OR betrachtet werden. Dazu kommt, dass in der Firma der Kommanditgesellschaft nur die Namen von unbeschränkt haftenden Gesellschaftern enthalten sein dürfen³⁰⁾, so dass er nach aussen nicht als gewerbetreibender Kaufmann erkennbar ist. Es ist also gerechtfertigt die Kaufmannseigenschaft des Kommanditärs zu verneinen³¹⁾. Erscheint der Name des Kommanditärs hingegen in der Firma der Gesellschaft, so haftet er gemäss Art. 607 OR wie ein Komplementär; in diesem Fall ist es dann gerechtfertigt, ihm auch die Kaufmannseigenschaft zuzuschreiben.

Die einfache Gesellschaft ist der Führung als kaufmännisches Unternehmen nicht zugänglich. Sie ist daher weder berechtigt noch verpflichtet sich im HR eintragen zu lassen³²⁾. Auf die ein kaufmännisches Unternehmen führende einfache Gesellschaft findet das Recht der Kollektivgesellschaft Anwendung, werden doch bei einer solchen Vereinigung alle Erfordernisse einer Kollektivgesellschaft erfüllt (Art. 552 Abs. 1 OR)³³⁾. Bei der Teilhaberschaft von juristischen Personen kann die Umwandlung in eine Kollektivgesellschaft nicht vollzogen werden. Die Praxis duldet diese einfachen Gesellschaften und macht Gebrauch von der Möglichkeit der Eintragung der einzelnen einfachen Gesellschafter persönlich³⁴⁾; ihnen kommt die Kaufmannseigenschaft zu.

II. Verlust der Kaufmannseigenschaft

Für den Untergang der Kaufmannseigenschaft bestehen im schweizerischen Recht drei Möglichkeiten:

30) Art. 947 Abs. 3 und 4 OR.

31) Vgl. auch Simsa 54.

32) BGE 79 I 179 ff.

33) BGE 73 I 314 f.

34) BGE 79 I 181, 84 II 381; Meier-Hayoz/Forstmoser 201.

- a) Tod
- b) Umstellung des Betriebes, so dass er nicht mehr nach kaufmännischer Art geführt wird, noch geführt zu werden braucht.
- c) Aufgabe des Geschäftes (Einstellung des Betriebes, Austritt, Verkauf, Verpachtung).

III. Ausnahmen

Grundsätzlich sind folgende Betriebe nicht als kaufmännisches Unternehmen zu behandeln:

- a) Betriebe der Landwirtschaft:

Nach Doktrin³⁵⁾ und Rechtsprechung steht der Landwirtschaftsbetrieb, der sich auf Urproduktion beschränkt, ausserhalb des Handelsrechts. In BGE 97 I 417 bestimmt das Bundesgericht: "Der Inhaber einer Gemüsegärtnerei ist zur Eintragung nicht verpflichtet, wenn sein Betrieb der Landwirtschaft, also nicht einem andern, nach kaufmännischer Art geführten Gewerbe im Sinne von Art. 53 lit. C HRV zuzurechnen ist." Steht indes nicht die landwirtschaftliche Urproduktion im Vordergrund, sondern das Betreiben eines Grosshandels nach industriellen Methoden, ist ein kaufmännischer Betrieb und eine geordnete Buchführung erforderlich³⁶⁾. Solche Betriebe sind als kaufmännisches Unternehmen zu behandeln.

- b) Die Tätigkeit der Angehörigen wissenschaftlicher Berufsarten i.S.v. Art. 33 BV:

Die Gewährung des Sonderstatuts an die freien Berufe wird allgemein damit begründet, dass bei diesen Tätigkeiten die persönlichen Kenntnisse und Fähigkeiten im Vordergrund stehen³⁷⁾.

35) His OR 934 N 34 ff.; Patry 81 f.; Meier-Hayoz/Forstmoser 113.

36) In BGE 81 I 78 ff. statuiert das Bundesgericht die Eintragungspflicht einer "Baumschule", falls der Betrieb die Voraussetzungen von Art. 53 lit. C HRV erfüllt. Vgl. auch BGE 78 I 63 ff. ("Comestibles- und Lebensmittelgeschäft").

37) "...bei denen im Gegensatz zu den kaufmännischen Unternehmungen nicht so sehr die Produktionsmittel, das Kapital und fremde Arbeitskräfte als vielmehr die persönliche Leistung von entscheidender Bedeutung ist" (Meier-Hayoz/Forstmoser 111); vgl. auch Patry 82 f.

Zu den freien Berufen gehören insbesondere Anwälte, Notare, Aerzte, Zahnärzte, Tierärzte, Apotheker (falls sie nicht Geschäftsinhaber sind), Ingenieure, Architekten, Lehrer, Forscher, Journalisten, Künstler u.a.m.³⁸⁾.

Werden die freien Berufe jedoch ergänzt durch Geschäfte mit kaufmännischem Charakter, ist diese Sonderstellung nicht mehr gerechtfertigt³⁹⁾. Gleiches gilt, falls die Tätigkeiten mit überwiegend modernen Methoden ausgeübt werden, da sie sich dann den Handels- und Fabrikationsgewerben annähern⁴⁰⁾. Die Ausübung der freien Berufe erfordert heute zunehmend den Gebrauch umfangreicher und teurer technischer Hilfsmittel sowie die Beschäftigung einer grösseren Anzahl von Hilfspersonal, so dass nach Art und Umfang des Gewerbes und im Interesse des Publikums ein kaufmännischer Betrieb erforderlich ist⁴¹⁾.

c) Handwerksbetriebe:

Im schweizerischen Recht ist zwischen den dem Handelsrecht unterstehenden Fabrikationsgewerben (Art. 53 lit. B HRV) und den in der Regel nicht von handelsrechtlichen Normen erfassten Handwerksbetrieben zu unterscheiden. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtes⁴²⁾ ist ein Handwerksbetrieb durch das Ueberwiegen der persönlichen Arbeitskraft des Inhabers charakterisiert, während ein Fabrikationsgewerbe den Betrieb einer Fabrik mit Maschinen und technischen Einrichtungen sowie die Beschäftigung eines relativ zahlreichen Hilfspersonals erfordert. Der Betrieb des Handwerks ist grundsätzlich keine kaufmännische Betriebsart.

38) His OR 934 N 61.

39) BGE 79 I 177 ff.

40) So hat das Bundesgericht in BGE 100 Ib 345 ff., 350 f. den Betrieb der Klinik eines Arztes und eines Zahnarztes zu den nach kaufmännischer Art geführten Geschäften gerechnet. Vgl. auch Patry 83.

41) Vgl. dazu vorne 3. Kap. § 3/A./I.1., S. 21 ff.

Das Interesse des Publikums ist dann nicht mehr allein dadurch geschützt, dass die öffentliche Gewalt in Abweichung von der Handels- und Gewerbefreiheit "die Ausübung der wissenschaftlichen Berufsarten von einem Ausweise der Befähigung abhängig" machen kann (Art. 33 Abs. 1 BV).

42) BGE 75 I 74 ff.

§ 1 Abs. 22 Ziff. 2 HGB bezeichnet als Handelsgewerbe jede Unternehmung, die die Uebernahme der Bearbeitung oder Verarbeitung von Waren für andere zum Gegenstand hat, sofern das Gewerbe nicht handwerksmässig betrieben wird⁴³⁾.

Zur Ermittlung der Handwerksmässigkeit eines Betriebes spricht sich die deutsche Praxis für eine Gesamtwürdigung aller Faktoren aus, und bezeichnet die Betriebsgrösse als nicht allein ausschlaggebend⁴⁴⁾. Nur dort wo die persönliche manuelle Tätigkeit des Betriebsinhabers, allein oder mit einigen Hilfskräften, im Vordergrund steht, kann von einem Handwerksbetrieb gesprochen werden. Grosshandwerksbetriebe, bei welchen der Umfang des Unternehmens einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb erfordert, verfügen nicht über eine handwerksmässige Betriebsart; sie besitzen die Kaufmannseigenschaft⁴⁵⁾. Die Grenzziehung ist jedoch schwierig und kann nur wertend erfolgen. So ist z.B. ein Betrieb, der eine maschinelle chemische Reinigung ausschliesslich mit angelernten Kräften betreibt, kein Handwerksbetrieb. Auch der Betrieb einer Express-Schuhbar, die nur einfache Reparaturaufträge schematisch abwickelt, ist kein Handwerksbetrieb.

43) Schlegelberger § 1 N 38-41 HGB; Fröhler-Dannbeck, Zur Abgrenzung von Handwerk und Industrie, München 1965; Siegert/Musielak/Klebe, Das Recht des Handwerks, München 1972; vgl. auch die Anlagen A und B der deutschen Handwerksordnung.

44) BGHZ 39, 258. "Für die Handwerksmässigkeit... können sprechen: Die persönliche Mitarbeit des Inhabers, insbesondere seine fachtechnische Qualifikation; das Ueberwiegen der Einzel- bzw. Bestellsanfertigung im Gegensatz zur Serien- bzw. Vorratsanfertigung; das Uebergewicht einschlägig geschulter Hilfskräfte wie überhaupt der Umstand, dass das persönliche Geschick und nicht die Bedienung von Maschinen im Vordergrund steht; eine verhältnismässig grosse Bedeutung der Lehrlingausbildung für den Gesamtbetrieb; ein örtlich begrenzter Kundenkreis" (Schlegelberger § 1 N 38a HGB).

45) Vgl. auch Meier-Hayoz/Forstmoser 113.

"Wenn auch grundsätzlich Handwerksbetriebe nicht dem Handelsrecht unterworfen sind, so müssen sie sich doch in das HR eintragen lassen, sobald sie im Grossen betrieben werden. Dies ist der Fall, wenn ein Handwerksbetrieb im Interesse des Publikums sowie nach Art und Umfang einen kaufmännischen Betrieb und eine geordnete Buchführung erfordert, wenn also beide Voraussetzungen kumulativ vorliegen" (Patry 80).

B. Kaufmännischer Verkehr zwischen Kaufleuten und Nichtkaufleuten

Im Verkehr von Kaufmann und Nichtkaufmann tritt die Vermutung, dass es sich um ein Geschäft im kaufmännischen Verkehr handelt, nur für den Kaufmann ein. Der Nichtkaufmann hat das Vorliegen eines kaufmännischen Verkehrs zu beweisen, um die Anwendbarkeit der Sonderregeln zu ermöglichen. Dabei kommt ihm zugute, dass kaufmännischer Verkehr vermutet wird, wenn das betreffende Rechtsgeschäft im Zusammenhang mit dem Gewerbebetrieb des Kaufmanns getätigt wurde. Dieser Zusammenhang muss jedoch bewiesen werden, er wird also nicht, wie im Verkehr unter Kaufleuten, von der Vermutung umfasst⁴⁶⁾. Steht er aber fest, so besteht für das in Frage stehende Rechtsgeschäft die Vermutung, es sei im kaufmännischen Verkehr geschlossen worden. Giger⁴⁷⁾ hat daraus die logische Folgerung gezogen, dass die Vermutung nur dann gilt, wenn der Käufer Kaufmann ist. Erwirbt der Nichtkaufmann vom Kaufmann, muss bewiesen werden, dass der Vertrag mit der Absicht des Nichtkaufmanns geschlossen wurde, die Ware weiterzuveräußern.

46) ZBJV 31/263, 39/539;BlHE 3/27, 5/42, 8/278, 19/89, Plüss 88; Rüfenacht 80; Keppler 22.

47) "Kaufmännischer Verkehr zwischen Kaufmann und Nichtkaufmann wird nur dann vermutet, wenn der Käufer Kaufmann ist und die vertragliche Beziehung nachweisbar im Zusammenhang mit seinem Gewerbebetrieb steht" (Giger OR 190 N 20).

C. Kaufmännischer Verkehr zwischen Nichtkaufleuten

Will der eine Nichtkaufmann gegenüber dem anderen die Sonderbestimmungen zur Anwendung bringen, so muss er im Einzelfall beweisen, dass die Voraussetzungen des kaufmännischen Verkehrs vorliegen, da hier die Vermutung desselben nicht eintritt⁴⁸⁾.

48) Art. 8 ZGB; zu den Voraussetzungen vorne § 2, S. 9 ff.

D. Kritische Anmerkungen zur objektiven Anknüpfung des OR im Vergleich zur subjektiven Anknüpfung des HGB

Den Anwendungsbereich handelsrechtlicher Vorschriften kann ein Gesetzgeber subjektiv oder objektiv erfassen. Demensprechend folgen die Handelsrechte der Gegenwart eher einem subjektiven oder objektiven System⁴⁹⁾. Keines dieser Prinzipien ist indessen rein verwirklicht. So folgt das OR zwar dem objektiven System muss aber zwangsläufig auf personenbezogene Kriterien zurückgreifen⁵⁰⁾. Wie bereits dargelegt wurde, kann der Handelskauf nicht rein objektiv eingeordnet werden, da bei einem Kaufvertrag zwischen Kaufleuten die Vermutung besteht, dass es sich dabei um ein Geschäft im kaufmännischen Verkehr handle⁵¹⁾. Diese Vermutung besteht auch dann, wenn die abgeschlossenen Geschäfte nicht zum Gewerbebetrieb der Kaufleute gehören, weil selbst diese Zugehörigkeit von der Präsumption umfasst wird⁵²⁾.

Andererseits kann auch eine subjektive Abgrenzung nur bedingt durchgehalten werden. So folgt das deutsche Recht zwar dem subjektiven System, indem der Kaufmann den Zentralbegriff der Anknüpfung darstellt. Nach § 1 Abs. 1 HGB ist Kaufmann, "wer ein Handelsgewerbe betreibt"; § 2 HGB enthält eine generalklauselartige Umschreibung der Handelsgewerbe. Grundsätzlich ist jeder Betreiber eines Unternehmens, welches die Merkmale des Gewerbebegriffs erfüllt und die in § 2 HGB umschriebenen Qualitäten aufweist, ein Kaufmann.

49) Dazu vorne 3. Kap./§ 1, S. 7 f.

50) Zum Durchbruch des subjektiven Systems vorne § 3/A./A2, S. 22.

51) Dazu vorne § 3/A., S. 20.

52) BGE 49 II 81, 228.

Aufgrund ihrer Rechtsform gelten die Aktiengesellschaft (§ 3 AktG), die Kommanditgesellschaft auf Aktien (§ 278 Abs. 3 i.V.m. § 3 AktG), die Gesellschaft mit beschränkter Haftung (§ 13 Abs. 3 GmbHG) und die eingetragene Genossenschaft (§ 17 Abs. 2 GenG) als Handelsgesellschaften, ohne dass der Gegenstand des Unternehmens zwingend in einem Handelsgewerbe bestehen muss (sogenannte Formkaufleute).

Als Gewerbe im Sinne des HGB bezeichnet man eine berufsmässige und selbständige, aber nicht künstlerische, wissenschaftliche oder freiberufliche, von der Absicht dauernder Gewinnerzielung getragene Tätigkeit⁵³⁾. Eine Ausnahme von der Erfassung aller gewerblichen Unternehmen statuiert § 3 HGB, wonach land- und forstwirtschaftliche Betriebe kein Grundhandelsgewerbe sein können und die Generalklausel des § 2 HGB mit der Einschränkung gilt, dass keine Eintragungspflicht besteht. Neben dem Begriff des Vollkaufmanns kennt das deutsche Recht denjenigen des Minderkaufmanns (§ 4 HGB). Dabei handelt es sich um Kaufleute, deren Gewerbebetrieb nach Art oder Umfang einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Geschäftsbetrieb nicht erfordert, im Gegensatz zu den Vollkaufleuten deren Gewerbebetrieb dies nach Art und Umfang nötig macht⁵⁴⁾. Die Konsequenz der Minderkaufmannseigenschaft besteht in einer bloss teilweisen Einbeziehung in das Handelsrecht. Das HGB unterscheidet überdies zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Kaufleuten als Korrelat zur Trennung zwischen Voll- und Minderkaufleuten. Jeder Vollkaufmann ist verpflichtet, eine Firma anzunehmen und diese anzumelden. Für Minderkaufleute gilt dies nicht, da § 4 Abs. 1 HGB für sie die Vorschriften über die Firmen für unanwendbar erklärt. Kommt mithin jeder Vollkaufmann seiner Eintragungspflicht nach und ist kein Minderkaufmann fälschlicherweise eingetragen, so sind die Unter-

53) Schlegelberger HGB 1 A 23-27.

54) Schlegelberger HGB 4 A 3 und 4.

scheidungspaare Voll- bzw. Minderkaufmann und eingetragener bzw. nicht eingetragener Kaufmann identisch.

Die Normierung der einseitigen Handelsgeschäfte in § 345 HGB, bei denen nur ein Teil Kaufmann ist, durchbricht jedoch den Charakter des Handelsrechts als eines Sonderrechts für Kaufleute. Dem entspricht, dass der Handelskauf nicht rein subjektiv eingeordnet werden kann, da auch im deutschen Recht erst das Merkmal der Wiederverkaufsabsicht den Kauf zu einem Handelskauf macht. In der neueren Diskussion in der Bundesrepublik Deutschland wird im übrigen heftig Kritik am Kaufmannsbegriff als Abgrenzungskriterium des Handelsrechts geübt⁵⁵⁾. Dies in Übereinstimmung mit einer der Zielvorgaben der EG, der Schaffung eines europäischen Unternehmensrechts. Die Differenzierung zwischen Voll- und Minderkaufleuten, zwischen Muss- und Sollkaufmann, zwischen eingetragenen und nicht eingetragenen Kaufmann sowie insbesondere die historisch bedingte Ausklammerung der freien Berufe werden als unbefriedigend empfunden, ohne dass jedoch über andere Kriterien bisher Konsens erzielt worden wäre. Im Hinblick auf eine Reform wird eine stärkere Orientierung am Unternehmen gefordert, dies unter Hinweis darauf, dass die an die Person des Kaufmanns anknüpfenden Bestimmungen sich inhaltlich auf das sachliche Substrat seiner Tätigkeit, das Unternehmen, beziehen⁵⁶⁾. Mit dem 1965 in das deutsche Aktiengesetz eingefügte Konzernrecht löste sich der Gesetzgeber denn auch vom Kaufmannsbegriff und wählte als Anknüpfungspunkt die verbundenen Unternehmen⁵⁷⁾.

55) Schmidt-Tedd 28 ff.

56) Dauner-Lieb 31. So sah schon Wieland im Jahre 1921 in seiner handelsrechtlichen Darstellung den Unternehmensbegriff als den wahren Grundbegriff des Handelsrechts an. Der Handel im Rechtssinn habe "zum weit überwiegenden Teil im Unternehmensbegriffe (sein) gemeinsames Merkmal", wobei sich "Warenhandel und Geldwechsel ... als die ältesten Formen der Unternehmung darstellen" (Wieland 145).

57) §§ 15-22 und 291-338 AktG.

Vor diesem Hintergrund geriet der Kaufmannsbegriff ins Schussfeld der Kritik⁵⁸⁾ und wurde die Herausarbeitung des Unternehmensbegriffs zu einer juristischen Themenstellung der (deutschen) Gegenwart. Ob der allmählich über den wirtschaftswissenschaftlichen Sinngehalt hinaus entwickelte Kaufmannsbegriff durch den Unternehmensbegriff abgelöst werden sollte, erscheint aber angesichts des Diskussionsstandes als überaus fraglich, da bisher kein für alle Bereiche des Rechts einheitlicher Unternehmensbegriff gefunden wurde. Dies könnte dazu führen, dass die Ablösung des Kaufmannsbegriffs mehr Probleme schafft als beseitigt, darf doch nicht übersehen werden, dass der historisch gewachsene Kaufmannsbegriff heute die zahlreichen geklärten Streitfragen seiner Inhaltsbestimmung mit umfasst. Diese Klärung stünde dem Unternehmerbegriff erst noch bevor.

Aus schweizerischer Sicht ist die Diskussion um den Kaufmannsbegriff in der Bundesrepublik Deutschland von geringer Bedeutung, da im OR nur wenige Vorschriften an die Kaufmannseigenschaft anknüpfen, deren Anwendung in der Rechtspraxis zu keinen unbilligen Ergebnissen geführt hat⁵⁹⁾. Im übrigen kennt das schweizerische Recht den Kaufmannsbegriff nicht als Abgrenzungskriterium des Handelsrecht (objektives System). Die Tatsache, dass der Begriff nicht definiert ist, stellt indessen ein gesetzgeberisches Versäumnis dar⁶⁰⁾.

58) Vgl. etwa Raiser Peter, Bedeutung und Wandlung des Kaufmannsbegriffs in der neueren Gesetzgebung, Berlin 1975; Raiser Thomas, Das Unternehmen als Organisation, Kritik und Erneuerung der juristischen Unternehmenslehre, Berlin 1969.

59) Dazu vorne § 3/A./A2, S. 20 f.

60) Dazu vorne § 3/A., S. 21 ff.

4. Kapitel

Abgrenzungen

§ 1 Kaufmännischer Verkehr und Handelsverkehr

Dem schweizerischen Recht ist das Handelsgeschäft als Rechtsbegriff unbekannt. Die Begriffsbestimmung der Handelsgeschäfte bereitet dementsprechend Schwierigkeiten. Sowohl Handelsverkehr als auch kaufmännischer Verkehr bestehen unabhängig von der Kaufmannseigenschaft der Parteien; die beiden Begriffe sind jedoch wesensverschieden:

Der Handelsverkehr umfasst verschiedene Rechtsgeschäfte als solche. So werden in Art. 53 lit. A Ziff. 1-8 HRV exemplarisch verschiedene Handelsgeschäfte aufgezählt und dem Handelsgewerbe zugeordnet; darunter fällt auch der kaufmännische Verkehr¹⁾. Für den kaufmännischen Verkehr sind dagegen die einzelnen Rechtsgeschäfte als solche unbeachtlich²⁾. Er ist gekennzeichnet durch eine besondere Art des Verkehrs zwischen den Vertragschliessenden³⁾. Der kaufmännische Verkehr kann somit als Handelsverkehr besonderer Art bezeichnet werden. Es steht jedenfalls fest, dass kaufmännischer Verkehr nur als Handelsverkehr möglich ist⁴⁾. Für die Praxis ist diese Unterscheidung ohne Bedeutung, da der "Handelsverkehr" im schweizerischen Recht keinen juristisch brauchbaren Begriff darstellt⁵⁾.

-
- 1) "Der Erwerb von unbeweglichen und beweglichen Sachen irgendwelcher Art und die Wiederveräußerung derselben in unveränderter oder veränderter Form" (Art. 53 lit. A Ziff. 1 HRV).
 - 2) So auch Rüfenacht: "Eine Ähnlichkeit besteht nur in Bezug auf die Ungebundenheit dieser Begriffe an die Kaufmannseigenschaft der Parteien" (Rüfenacht 90).
 - 3) Dazu vorne 3. Kap., S. 7 ff.
 - 4) Vgl. auch Giger OR 190 N 17.
 - 5) Bühler 5.

§ 2 Kaufmännischer Verkehr und kaufmännische Uebung (Handelssitte)

Im kaufmännischen Verkehr spielt die Geschäftsübung als Vertragsbestandteil eine bedeutende Rolle¹⁾. Der weitumfassende Geltungsbereich des OR, der den Gesetzgeber zwang, die Bestimmungen sehr allgemein zu halten, hat in manchen Branchen zur Ausbildung von Uebungen oder Handelsbräuchen geführt, die das Gesetzesrecht ergänzen und präzisieren²⁾. Die Uebung kann als branchengemässe, von den beteiligten Kreisen für vernünftig und zweckmässig erachtete Regel über ständig wiederkehrende Fragen im Geschäftsverkehr definiert werden. Die Handelssitte ist eine Erscheinungsform der Verkehrssitte; im Handelsverkehr spricht man weniger von Verkehrssitte als von Handelssitte. Ein rechtlicher Unterschied zwischen diesen beiden Begriffen besteht jedoch nicht. Der Unterschied ist tatsächlicher Natur und betrifft nur die verschiedenen Anwendungsbereiche³⁾. Wenn sich die Parteien ausdrücklich oder stillschweigend auf die Handelssitten beziehen und damit den übereinstimmenden Willen zum Ausdruck bringen, das Vertragsverhältnis ihnen zu unterwerfen, kommen die Uebungen zur Geltung. Als Bestandteil des Parteiwillens geht die Verkehrssitte dem Gesetz vor, soweit es sich um dispositive Rechtssätze handelt. Bei der Auslegung einer Willenserklärung ist sie daher zu berücksichtigen⁴⁾.

-
- 1) Robert Wehrli, Die Zürcher Rohseideusancen, Diss. Zürich 1923; René Fischer, Handelsusanz und objektives Recht, Diss. Zürich 1929; Bruno Müller, Die Verkehrssitte, insbesondere im Schweizerischen Recht, mit Berücksichtigung der Zürcher Effektenbörse, Diss. Bern 1944; Jürg Fischer, Die schweizerischen Holzhandels-Usancen, Diss. Zürich 1972.
 - 2) Handelssitte und Handelsbrauch oder Handelsgebrauch werden in Theorie und Praxis als gleichbedeutend verwendet.
 - 3) "Nicht erforderlich ist, dass die Verkehrssitte die Zustimmung aller beteiligten Kreise findet. Entscheidend ist allein, dass sich in einer bestimmten Frage eine einheitliche Behandlung im Verkehr so durchgesetzt hat, dass eine abweichende Uebung nur als Ausnahmeerscheinung angesprochen werden kann" (Fischer Jürg 6).
 - 4) von Tuhr/Peter 288; Oftinger (5) Nr. 16; Becker OR 18 N 9 ff.; Engel 169 f.

"Der Empfänger einer Erklärung darf und muss davon ausgehen, dass der Erklärende seine Worte im verkehrsüblichen Sinn gebraucht, ausser wenn er weiss oder wissen sollte, dass die Verkehrssitte dem Erklärenden unbekannt ist" ⁵⁾. Will sich der Erklärende, auch ohne Kenntnis der Verkehrssitte, ihr unterwerfen, so ist die Uebung massgebend ⁶⁾. Liegt kaufmännischer Verkehr vor, darf der Erklärungsempfänger annehmen, der Erklärende kenne und unterwerfe sich den Geschäftsübungen ⁷⁾. Demjenigen der dies bestreitet, obliegt es, diese tatsächliche Vermutung zu widerlegen. Das wird ihm nur gelingen, wenn er darlegen kann, dass er bei Vertragsschluss in einer dem Gegenkontrahenten erkennbaren Art und Weise, die Anwendung der Verkehrssitte ausgeschlossen hat. Will eine Vertragspartei im kaufmännischen Verkehr eine Uebung ausschliessen, empfiehlt es sich daher, das ausdrücklich zu vereinbaren. Umgekehrt im nichtkaufmännischen Verkehr: Will eine Vertragspartei sich auf die Uebung einer Branche berufen, muss sie dartun, dass die Gegenpartei sie kennt und einverstanden war, sich ihr zu unterwerfen. In diesem Fall empfiehlt sich also die Anwendung der Verkehrssitte ausdrücklich zu vereinbaren. Dort wo das Gesetz auf die Uebung verweist ⁸⁾, handelt es sich um objektives Recht, über dessen Bestand und Inhalt der Richter sich von Amtes wegen Kenntnis zu verschaffen hat ⁹⁾. Die Partei, die im Zivilprozess eine solche Regel behauptet, hat sich aber auch selbst um die erforderliche Feststellung zu bemühen ¹⁰⁾.

5) von Tuhr/Peter 288.

6) Z.B. falls ein Nichtkaufmann einen Börsenauftrag erteilt.

7) Ungenau Cavin 7: "Handelt es sich um Kaufverträge zwischen Kaufleuten, bei denen Kenntnis der Übungen der Branche auf beiden Seiten vorauszusetzen ist, so ist aufgrund einer tatsächlichen Vermutung anzunehmen, sie hätten sich ihnen durch stillschweigende Bezugnahme darauf unterwerfen wollen".

8) Art. 184 Abs. 2, 188, 189, 201 Abs. 1 (Verweis), 201 Abs. 2 (Verweis), 213 Abs. 2 OR.

9) Art. 5 Abs. 2 ZGB vgl. dazu Sträuli/Messmer § 57 ZPO N 2; Walder 219 ff.; Walter Ott 17; Fischer Jürg 17 ff.

10) Liver Art. 5 ZGB N 102.

Verweisen die Parteien im rechtsgeschäftlichen Verkehr auf Handelsbräuche und Verkehrssitte, oder ist auf sie im Rahmen des Vertrauensprinzips abzustellen (so im kaufmännischen Verkehr), sind sie von den Parteien zu behaupten und zu beweisen¹¹⁾. Gemäss § 133 ZPO i.V.m. § 136 Ziff. 1 ZPO kann über Handelsübungen und Ortsgebräuche auf Grund der Angaben und Anträge der Parteien Beweis abgenommen werden¹²⁾, solange der Richter von diesen Faktoren keine sichere Kenntnis hat. Das Bundesgericht behandelt sie als Tatfragen¹³⁾.

11) Sträuli/Messmer § 57 ZPO N 2; vgl. auch § 54 Abs. 1 ZPO.

12) Sträuli/Messmer § 133 ZPO N 6.

13) BGE 51 II 400, 72 II 267, 86 II 257; SJZ 62/276.

2. Teil

Rechtsdogmatische Analyse

5. Kapitel

Sonderregelung im Kaufrecht

§ 1 Probleme der Vertragsentstehung

A. Die Form des Vertrages

Das OR geht vom Prinzip der Formfreiheit der Rechtsgeschäfte aus. Gemäss Art. 11 OR bedürfen Verträge zu ihrer Gültigkeit nur dann einer besonderen Form, wenn das Gesetz eine solche vorschreibt. Für den Fahrniskauf bestehen keine derartigen Vorschriften; ein Handelskauf kann per Telefon, Telegramm oder Telex abgeschlossen werden. Es ist indessen üblich, solche Abmachungen schriftlich zu bestätigen¹⁾.

Nach Art. 16 OR haben die Parteien die Möglichkeit, die Anwendung einer Form vorzubehalten²⁾. Der Vorbehalt kann ausdrücklich oder stillschweigend gemacht werden.

B. Das kaufmännische Bestätigungsschreiben³⁾

I. Beweisrechtliche und materiellrechtliche Bedeutung

Im kaufmännischen Verkehr werden mündliche Mitteilungen und mündlich abgeschlossene Verträge oft schriftlich bestätigt, um den Anforderungen für Klarheit des Handelsverkehrs gerecht zu werden.

1) Vgl. dazu B., S. 43 ff.

2) Vgl. dazu Bucher (4) 149 f.

3) Vgl. dazu den rechtsvergleichenden Ueberblick von Ebenroth.

Judikatur und Lehre sind sich einig, dass das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr in der Regel vollen Nachweis für Abschluss und Inhalt eines Vertrages liefert⁴⁾.

Die Problematik des kaufmännischen Bestätigungsschreiben wird häufig im Bereich von Art. 6 OR angesiedelt⁵⁾, wenn auch mit guter Begründung nachgewiesen wurde, dass der Rechtsgrund allein das Prinzip von Treu und Glaube und der Vertrauensschutzgedanke sein kann⁶⁾. Die beweisrechtliche Bedeutung liegt darin, dass das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben je nach Geschäftsgewandtheit des Empfängers und der Verkehrssitte ein Indiz oder vollen Nachweis für den Abschluss und den Inhalt eines Vertrages liefert. Andererseits erzeugt das Schweigen die materiellrechtliche Wirkung einer Annahme⁷⁾.

Bestätigung und Stillschweigen können diesen qualifizierten Sinn auch im nichtkaufmännischen Verkehr haben, insbesondere dann, wenn die Beteiligten geschäftsgewandt sind⁸⁾. Für die Beschränkung der "rechtserzeugenden Kraft" (BGE 71 II 223) auf den kaufmännischen Verkehr besteht kein Grund.

In den folgenden Fällen kann das Schweigen auf ein Bestätigungsschreiben im kaufmännischen Verkehr jedoch nicht als Zustimmung gewertet werden:

- a) Falls gar keine Vertragsverhandlungen stattgefunden haben⁹⁾.

4) BGE 30 II 298, 38 II 583, 40 II 138, 71 II 223; VAR 38/124; ZR 45/29 und 46/106; Semjud. 87/181; Schönenberger/Jäggi OR 6 N 67 ff.; Becker OR 1 N 11; Bucher (4) 122.

5) Schöpfer 76; von Thur/Siegwart/Peter 189. Das Bundesgericht wendet Art. 6 OR analog an, vgl. BGE 100 II 22.

6) Yung (1) 339 ff.; Schönenberger/Jäggi OR 6 N 67 ff.; Vgl. dazu nachfolgend II., S. 50 f.

7) BGE 71 II 223 ff.; Schönenberger/Jäggi OR 6 N 91 ff.

8) SJZ 50/229; Schönenberger/Jäggi OR 6 N 100; Gauch/Schluep/Jäggi N 687; Oftinger (5) 17.

9) Schönenberger/Jäggi OR 6 N 95.

- b) Falls der Bestätigende den Vertragsinhalt bewusst unrichtig dargestellt hat¹⁰⁾. Die Zustimmung durch Stillschweigen kann nur der in gutem Glauben Bestätigende für sich beanspruchen. Klauseln, die von den zuvor mündlich abgesprochenen Vertragsbedingungen abweichen, werden bei fehlendem Widerspruch nur dann Vertragsinhalt, wenn der Verfasser des Bestätigungsschreibens der ehrlichen Überzeugung war, lediglich das tatsächlich mündlich Abgesprochene dargestellt zu haben. Vermag der Empfänger aber nicht zu beweisen, dass der Absender bösgläubig eine nicht getroffenen Abrede bestätigt habe, ist davon auszugehen, die Bestätigung gebe den mündlich geschlossenen Vertrag richtig wieder¹¹⁾. Zulässig ist jedoch, im Bestätigungsschreiben etwas vom Inhalt der mündlichen Vereinbarung Abweichendes oder Ergänzendes aufzunehmen, sofern mit der Zustimmung des Adressaten gerechnet werden kann (Bestätigungsschreiben als Dispositivurkunde). Dieser Fall ist klar auseinanderzuhalten vom Versuch, den Vertragsschluss oder inhaltliche Teile desselben zu erschleichen, wo der Bestätigende nach Treu und Glauben das Stillschweigen nicht als Zustimmung deuten darf¹²⁾. Wer sich aber zu einem schriftlichen Vorschlag auf Abänderung eines Vertrages ausschweigt, stimmt der Abänderung nicht zu, es sei denn, die andere Partei habe aufgrund von Vorbesprechungen nach Treu und Glauben im Verkehr schliessen dürfen, das Schweigen bedeute Zustimmung¹³⁾.
- c) Falls der Bestätigende ausdrücklich um eine Gegenbestätigung bittet¹⁴⁾.
- d) Falls nach Abrede oder Verkehrssitte¹⁵⁾ die schriftliche Abfassung des Vertrages erforderlich gewesen wäre.

10) Schönenberger/Jäggi OR 6 N 95; BGE 71 II 223 ff.

11) Semjud. 78/316.

12) Oftinger (5) 16 f.

13) SJZ 51/228.

14) Schönenberger/Jäggi OR 6 N 101.

15) BGE 100 II 23; ZBJV 112/98 f.; Semjud. 96/559 f.

- e) Falls bloss bestätigt wurde, einen Brief empfangen zu haben: Die Empfangsbestätigung ist keine Stellungnahme zu Abschluss oder Inhalt eines in Frage stehenden Vertrages ¹⁶⁾.
- f) Im Falle sich kreuzender, einander widersprechender Bestätigungsschreiben kommt diesen keine verbindliche Wirkung zu, es sei denn, ein Bestätigungsschreiben enthalte blosse Zusätze, mit denen der Empfänger hatte rechnen müssen oder eine Partei in unmissverständlicher Weise auf ihre Bestätigung verzichtet.
- g) Ein Spezialproblem ist die Inkorporierung von AGB durch Bestätigungsschreiben. Die Rechtsprechung lässt die erst durch ein Bestätigungsschreiben eingeführten AGB nicht durch das Schweigen des Empfängers wirksam werden ¹⁷⁾, es sei denn, derartige Verträge werden regelmässig aufgrund allgemeiner Lieferbedingungen abgeschlossen ¹⁸⁾. Bei einem am Telefon abgeschlossenen Handelskauf können also AGB, auf die nicht oder noch nie Bezug genommen wurde, sondern erst im Bestätigungsschreiben enthalten sind, nicht als Vertragsinhalt gelten. Diese Lösung ist jedoch sehr unbefriedigend. Gerade im kaufmännischen Verkehr, wo die Verträge häufig mündlich abgeschlossen werden, besteht ein Interesse, die ergänzenden Details im Bestätigungsschreiben zu regeln ¹⁹⁾. Falls ein Bestätigungsschreiben AGB enthält oder auf dem Empfänger bereits früher zu Kenntnis gelangte AGB verweist, muss ein Stillschweigen im kaufmännischen Verkehr bzw. unter geschäftsgewandten Vertragspartnern als Akzept gewertet werden dürfen ²⁰⁾.

16) ZBJV 112/304.

17) SJZ 40/146.

18) SJZ 41/320 f.; Merz (2) 325.

19) So auch Giger (6) 58 f.

Es ist nicht einzusehen, weshalb dies nur dann angenommen werden kann, wenn die betreffenden Vertragsparteien ihre Geschäftsabschlüsse regelmässig auf der Basis von AGB zu tätigen pflegen. Fraglich scheint mir, wie denn zu entscheiden sei, falls der Geschäftsverkehr längere Zeit geruht hat, es sich also um einen Neubeginn der vertraglichen Kontakte handelt. In solchen Fällen sollte für die Gültigkeit der AGB genügen, wenn im Bestätigungsschreiben auf sie hingewiesen wird und der Empfänger nicht widerspricht. Auch bei Nachbestellungen muss, obwohl sie selbständige Verträge sind, eine ausdrückliche Bezugnahme im Bestätigungsschreiben auf AGB früherer Verträge genügen, um ein Stillschweigen des Empfängers im kaufmännischen Verkehr als Akzept werten zu können.

Enthalten AGB im Bestätigungsschreiben eine Gerichtsstandsklausel, die für den Empfänger den Verzicht auf den Wohnsitzgerichtsstand bedeuten würde, so kann in der widerspruchslosen Entgegennahme nur dann die Zustimmung zu dieser Klausel angenommen werden, "wenn der dahingehende Wille aus den besonderen Umständen unzweifelhaft hervorgeht" ²¹⁾. Das Bundesgericht unterzieht in einer differenzierten Praxis die Gerichtsstandsklauseln einer Prüfung auf Ungewöhnlichkeit ²²⁾.

20) So auch Forstmoser 116: "Im Verkehr mit Kaufleuten kann die Verweisung in der schriftlichen Bestätigung - nicht dagegen lediglich auf Lieferschein, Versandanzeigen, Rechnungen und Quittungen - für ihre Verbindlichkeit dann ausreichen, wenn der Vertragspartner keinen Einspruch erhebt." Wie bereits aufgezeigt wurde, verlangt das Prinzip von Treu und Glauben nicht dass es sich dabei um Verkehr unter Kaufleuten handeln muss. Im kaufmännischen Verkehr und bei geschäftsgewandten Personen, darf erwartet werde, dass der Empfänger unverzüglich widerspricht, falls die durch ein Bestätigungsschreiben mitgeteilten AGB nicht seine Billigung finden.

21) SJZ 51/313.

22) Kramer OR 1 N 202 f.; Giger (6) 109 ff.

Es betrachtet einen Verzicht des aufrechtstehenden, d.h. zahlungsfähigen Schuldners auf den Wohnsitzrichter²³⁾ bei blosser Globalerklärung als nicht rechtsgültig. An den bewussten Verzicht des Erklärenden im Sinne einer Vollerklärung knüpft das Bundesgericht bestimmte materielle, formelle und subjektive Kriterien. Die Gerichtsstandsabreden müssen den Willen des AGB-Offerten, einen anderen Gerichtsstand zu begründen, klar und unmissverständlich zum Ausdruck bringen²⁴⁾. An fremdsprachige Klauseln sind höhere Anforderungen zu stellen²⁵⁾. Weiter müssen die Klauseln durch drucktechnische Gestaltung (z.B. Fettdruck) im Gesamteindruck hervortreten. Falls sie auf der Formularrückseite stehen, muss auf sie speziell hingewiesen werden²⁶⁾. Befinden sich die Gerichtsstandsklauseln in einem separaten Schriftstück, auf welches der Verfasser hinweist, muss absolute Gewissheit bestehen, dass sie dem Verzichtenden bekannt sind²⁷⁾. Im Jahre 1978 verstärkte das Bundesgericht den Sozialschutz, in dem es die Erläuterungspflicht des AGB-Verwenders gegenüber dem geschäftsunerfahrenen und rechtsunkundigen Vertragspartner einführt²⁸⁾. Seit diesem Entscheid gilt demnach auch für den kaufmännischen Verkehr, dass in diesem Umfang eine besondere persönliche Schutzbedürftigkeit dazu führt, dass der Aussteller der unerfahrenen Vertragspartei die Klausel zu erläutern hat.

23) Art. 59 Abs. 1 BV.

24) BGE 104 Ia 278 ff. Vgl. zum Voll- und Globalakzept hinten 5.Kap. § 1/C/II. 1.1/1.2., S. 53 ff.

25) Vgl. BGE 91 I 11 ff., wo der Klausel "venue is Zürich" die Geltung versagt wurde.

26) BGE 104 Ia 278 ff.

27) Schönenberger/Jäggi OR 1 N 502.

28) BGE 104 Ia 278 ff. Beim "Geschäftserfahrenen und Rechtskundigen" muss Geschäftserfahrung und Rechtskundigkeit kumulativ vorhanden sein; vgl. dazu Giger (6) 117 f. Dieser Begriff ist mit der Kaufmannseigenschaft nicht identisch; vgl. dazu Giger (6) 121 ff.

Dabei geht es um einen ausdrücklichen Hinweis auf die Klausel sowie um die Aufklärung über deren Inhalt, Bedeutung und Konsequenzen. Erläuterung heisst auch, dass sich der Urheber über das Gelingen seiner Bemühungen Gewissheit verschafft²⁹⁾. Daraus ist zu schliessen, dass das Schweigen des geschäftsunerfahrenen und rechtsunkundigen Empfängers auf eine solche Klausel im Bestätigungsschreiben auch im kaufmännischen Verkehr nicht als Akzept gewertet werden darf, falls sie ihm durch den AGB-Verwender nicht erläutert wurde.

Zusammenfassend ist für den kaufmännischen Verkehr festzuhalten:

Wer nach mündlichen Verhandlungen ein Schreiben, in welchem der Abschluss oder die Ergänzung eines Vertrages festgestellt wird, widerspruchslos entgegennimmt, jedoch das Zustandekommen oder die Ergänzung des Vertrages nicht gelten lassen will, ist hierfür Beweispflichtig³⁰⁾. Der Absender trägt die Beweislast dafür, dass das Bestätigungsschreiben dem Empfänger zugegangen und zu welchem Zeitpunkt das geschehen ist. Finden also die durch ein Bestätigungsschreiben mitgeteilten Vertragsbedingungen nicht die Billigung des Empfängers, so trifft ihn, will er der Bindungswirkung entgehen, die Obliegenheit, unverzüglich zu widersprechen³¹⁾. Auch ein verspäteter Widerspruch vermag diese Wirkung zu entfalten, falls die Verspätung als entschuldbar erscheint und der Bestätigende noch keinen erheblichen Nachteil erlitten hat³²⁾. Ein nach den Umständen als verspätet zu betrachtender Widerspruch ist dem gänzlichen Schweigen gleichzustellen. Dem Empfänger sind dann die Einwendungen verwehrt, der schriftlich bestätigte Vertragsinhalt stimme mit den mündlich vereinbarten nicht überein oder sei nicht stillschweigend angenommen worden.

29) Dazu Giger (6) 120.

30) SJZ 50/229; VAR 41/95. Vorbehalten bleibt der unter g), S. 46 ff. behandelte Sonderfall der Gerichtsstansklauseln.

31) Schönenberger/Jäggi OR 6 N 107; abweichend ZR 45/107.

32) Schönenberger/Jäggi OR 6 N 108.

II. Dogmatische Ueberlegungen zur Rechtswirkung des Schweigens

Im kaufmännischen Verkehr sind die gegenseitigen Sorgfaltspflichten der Parteien bei den Vertragsverhandlungen stärker ausgebildet als im nichtkaufmännischen Verkehr. Sie bilden das Vertrauensverhältnis zwischen den Parteien und regeln die Rechtsfolgen, wenn die eine Partei den stattgefundenen Vertragsabschluss schriftlich bestätigt. Die Sorgfaltspflicht des Bestätigenden liegt darin, die tatsächlich getroffenen Vereinbarungen so genau wie möglich festzuhalten, eventuelle Abweichungen in die Form einer klaren Offerte zu kleiden und nicht böswillig den Vertragsinhalt zu modifizieren. Das Vertrauensprinzip verlangt aber nicht, dass überhaupt keine Abweichungen vom tatsächlich Vereinbarten vorgenommen werden dürfen. Hält der Bestätigende Aenderungen für angebracht, kann er sie im Bestätigungsschreiben vornehmen, sofern er mit der Billigung des Kontrahenten rechnen darf. Bei erheblichen Abweichungen muss er allerdings auf diese ausdrücklich hinweisen, um den Anforderungen des redlichen Geschäftsverkehrs zu genügen. Die Sorgfaltspflicht des Adressaten besteht darin, unverzüglich zu widersprechen, falls er die durch ein Bestätigungsschreiben mitgeteilten Vertragsbedingungen nicht billigen will. Das bedingt, dass er sich um die eingehende Geschäftspost kümmert. Der Absender trägt das Risiko der Uebermittlung, der Adressat dasjenige der Kenntnisnahme³³⁾. Auch unverschuldete Unkenntnis vom Zugang kann den Adressaten nicht entlasten, da der Bestätigende darauf vertrauen darf, dass dem Vertragspartner im kaufmännischen Verkehr jede Zustellung ordnungsgemäss zu Kenntnis gelangt. Der Bestätigende schafft den Anschein, dass das Bestätigungsschreiben den Inhalt des Vertrages wiedergibt. Die dem Adressaten obliegende Sorgfalt verpflichtet diesen, falls er den gesetzten Rechtschein nicht anerkennen will, ihm unverzüglich entgegenzutreten.

33) Vgl. dazu Bucher (4) 119 f.

Schweigt er, so muss das Vertrauen des gutgläubig Bestätigenden, dass ein Vertrag mit dem Inhalt des Bestätigungsschreibens zustande gekommen ist, geschützt werden, was die Bindungswirkung des kaufmännischen Bestätigungsschreibens herbeiführt. Die Bindung tritt aber dann nicht ein, wenn sich der Inhalt des Bestätigungsschreibens von den tatsächlich abgesprochenen Vertragsbedingungen so weit entfernt, dass der Bestätigende mit einem Einverständnis des Vertragspartners nicht rechnen kann. Das ist insbesondere dann der Fall, wenn bewusst unrichtig bzw. entstellend bestätigt wird oder wenn durch das Bestätigungsschreiben Bedingungen eingeführt werden, mit denen der Empfänger nicht zu rechnen brauchte oder die unzumutbar sind. Selbstverständlich besteht nach wie vor die Möglichkeit nachzuweisen, dass noch andere, nicht in dem Schreiben enthaltene Vereinbarungen getroffen worden sind.

C. Inhalt des Vertrages

I. Essentialia

Die Vereinbarung über den Kaufgegenstand und über den Kaufpreis sind die Essentialia des Kaufvertrages, d.h. das Zustandekommen des Kaufvertrages setzt den Konsens über den Kaufgegenstand und den Kaufpreis voraus³⁴⁾. Der Kaufpreis muss in einer Geldsumme bestehen; Inland- und Auslandswährung ist möglich³⁵⁾. Das Geld darf nicht individuell bestimmt sein, sonst handelt es sich nicht mehr um einen Kaufpreis sondern um Ware. Die Höhe des Kaufpreises können die Parteien unter Vorbehalt der gesetzlichen Schranken von Treu und Glauben (Art. 2 ZGB), der guten Sitten (Art. 19 f. OR), des Uebervorteilungsverbotes (Art. 21 OR) und der öffentlich-rechtlichen Gesetzgebung frei vereinbaren³⁶⁾. Eine besondere Regelung besteht bei Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis: Fehlt bei diesen eine Preisvereinbarung, so ist der mittlere Markt- oder Börsenpreis zur Zeit und am Ort der Erfüllung geschuldet (Art. 212 Abs. 1 OR), d.h. die Parteien brauchen bei Waren mit einem Markt- oder Börsenpreis über die Höhe des Preises nichts zu vereinbaren³⁷⁾. Hängt der Kaufpreis vom Gewicht der Ware ab, so wird die Verpackung (Targewicht) in Abzug gebracht, sofern die Parteien nichts anderes vereinbart haben (Art. 212 Abs. 2 OR) oder kaufmännische Uebungen eine andere Regelung vorbehalten (Art. 212 Abs. 3 OR)³⁸⁾.

34) Art. 2 Abs. 1 und Art. 184 OR.

Was als Kaufgegenstand im kaufmännischen Verkehr in Frage kommt, wurde vorstehend im 3. Kap./§2/B, S. 17 ff. abgeklärt.

35) Giger OR 184 N 157.

36) Zum Umfang der Kaufpreiszahlung vgl. Giger OR 184 N 163-173.

37) Vgl. dazu Giger OR 212 N 5-15, OR 191 N 44-47, OR 184 N 169 und 236 ff.

38) Vgl. dazu Giger OR 212 N 16-38.

II. Accidentalialia

Im kaufmännischen Verkehr werden häufig Vereinbarungen getroffen, die vom dispositiven Gesetzesrecht abweichen. In der Regel geschieht dies unter Einbeziehung von AGB³⁹⁾ und kaufmännischen Lieferklauseln.

1. Geltung der AGB

AGB erlangen nur dann Geltung als Vertragsbestandteil, wenn sie ausdrücklich oder stillschweigend verabredet werden oder nach dem Vertrauensprinzip vom Willen des AGB-Adressaten gedeckt sind⁴⁰⁾. Gerade im Bereich des kaufmännischen Verkehrs⁴¹⁾ ist die konkludente Uebernahme der AGB recht häufig⁴²⁾.

1.1. Vollakzept

Hat der AGB-Adressat aufgrund einer sorgfältigen Prüfung jeder einzelnen AGB-Klausel genaue Kenntnis von Inhalt und Tragweite der Bestimmungen und erklärt dann sein Akzept, gibt er eine sogenannte Vollerklärung ab⁴³⁾. In diesem Fall besteht kein Anlass zu einer Geltungs- oder Inhaltskontrolle der vom dispositiven Recht abweichenden Klauseln, weil der Willensbildungsprozess des Akzeptanten nicht

39) Vgl. insbesondere Lörtscher Thomas 18-89 und 108-119.

40) Vgl. dazu insbesondere Giger (6) 49 ff.

41) Wo es sich häufig um sogenannte "Unternehmer-AGB" handelt.

42) BGE 77 II 154 f., 47 II 160 ff.; Giger (6) 50 f.; Yung (2) 243; Forstmoser 110.

43) Schönenberger/Jäggi OR I N 461; Giger (6) 54.

gestört wurde⁴⁴⁾. Auch ungewöhnliche und unbillige Klauseln gelangen so durch übereinstimmende Willensäusserungen in den Konsensbereich⁴⁵⁾.

1.2. Globalakzept

Akzeptiert der AGB-Adressat ohne vorherige genaue Kenntnisnahme, also ohne sich über die Tragweite aller Klauseln im Klaren zu sein, gelten die AGB innerhalb der Schranken des Vertrauensprinzips nach den bei der ungelesen unterzeichneten Urkunde geltenden Grundsätzen⁴⁶⁾. Die AGB sind ungültig, falls der Verwender den Partner über den Inhalt täuscht und es ihm "bekannt war oder nach der Erfahrung des Lebens bekannt sein musste"⁴⁷⁾, dass beim Adressaten bezüglich einzelner oder aller AGB Klauseln kein Vertragswille bestand. Darüber hinaus besteht Dissens bezüglich solcher Klauseln, die so ungewöhnlich bzw. geschäftsfremd sind, dass der Akzeptant nicht mit ihnen zu rechnen hat und der Offerent nicht auf deren Akzeptierung vertrauen darf⁴⁸⁾.

Das Bundesgericht hat sich zum Problem ungewöhnlicher AGB-Klauseln lange Zeit nicht grundsätzlich geäussert⁴⁹⁾, was von der Doktrin zu Recht beanstandet wurde⁵⁰⁾.

44) Giger (6) 54, 131 A 443; Schönenberger/Jäggi OR 1 N 508.

Gemäss Art. 19 Abs. 2 OR sind die vom dispositiven Recht abweichenden vertraglichen Abreden zulässig, sofern sie nicht gegen die öffentliche Ordnung, die guten Sitten oder gegen das Recht der Persönlichkeit verstossen.

"Eine Vollerklärung ist allerdings nicht zu vermuten. Sie liegt auch nicht schon dann vor, wenn eine Regel in einem Formular-text klar zum Ausdruck kommt, sondern nur dann, wenn es als erwiesen gilt, dass ihr alle Beteiligten in richtiger Erkenntnis des Inhalts bewusst zugestimmt haben" (Giger (6) 54 A 139).

45) Vgl. dazu die graphische Darstellung bei Giger (6) 169.

46) Vgl. dazu Oftinger (4) 263-272; Engel 231 f.; Schönenberger/Jäggi OR 1 N 487; Merz (2) 148; BGE 64 II 355 ff., 100 II 209 f.

47) BGE 76 I 350.

48) Giger (6) 55 f.

49) Nur bei Gerichtsstandsklauseln prüfte unser höchstes Gericht die Frage der Ungewöhnlichkeit; vgl. dazu 5. Kap./§ 1/B/I., S 43 ff.

50) Giger (6) 32 ff.; Merz (2) 149 f.; Schuler 119.

Mit Urteil vom 6. Dezember 1983 (Pr. 73 Nr. 151) hat die höchststrichterliche Praxis die "Ungewöhnlichkeitsregel" nun aber ausdrücklich anerkannt⁵¹⁾. Das Bundesgericht betrachtete bis anhin AGB, auf die der Vertragswortlaut hinweist, als verbindlich. Dieser Grundsatz wurde nur dann eingeschränkt, wenn eine Vertragspartei wusste oder aus allgemeiner Lebenserfahrung wissen musste, dass die andere den Inhalt der AGB nicht wollte⁵²⁾. Unser höchstes Gericht fordert für die Anwendung der Ungewöhnlichkeitsregel neben der subjektiven Voraussetzung des Fehlens von Branchenerfahrung beim Adressaten, dass die betreffenden Klauseln objektiv einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen⁵³⁾. Unter geschäftsfremden Bestimmungen versteht das Bundesgericht solche Klauseln, die zu einer wesentlichen Aenderung des Vertragscharakters führen oder in erheblichem Masse aus dem gesetzlichen Rahmen des Vertragstypus fallen. Giger schreibt zu Recht, dass der Geschäftskern im allgemeinen mit dem gesetzlichen Vertragstypus übereinstimmt⁵⁴⁾. Jene Klauseln, die zu einer, aus der Sicht des AGB Akzeptanten unerwarteten, wesentlichen Aenderung des Kaufvertragscharakters führen, indem sie von dem abweichen, was nach den Umständen als Vertragsinhalt erwartet werden darf, sind überraschend und daher ungewöhnlich⁵⁵⁾.

51) In casu bezeichnet das Bundesgericht die Art. 154 Abs. 3 und 155 Abs. 1 der SIA-Norm 118 (1977) als ungewöhnlich und geschäftsfremd, weil sie dem bauleitenden Architekten bei der finanziellen Verpflichtung der Bauherrschaft gegenüber den am Bau arbeitenden Unternehmern umfassende Vollmacht erteilen. Ein nicht der Baubranche angehörender nur einmal bauender Bauherr müsse nicht damit rechnen, dass auf Grund von AGB der Bauleiter ihn durch Anerkennung der Schlussabrechnung verpflichten könne, die Unternehmerforderungen zu bezahlen.

52) BGE 108 II 418, 109 II 118 und 216.

53) Vgl. auch Schönenberger/Jäggi OR I N 499.

54) Giger (6) 34 f.

55) Bucher (3) 249-269. Nach der deutschen Praxis können Dispositivnormen mit einem erkennbaren "Gerechtigkeitsgehalt" nicht durch AGB wegbedungen werden, sie werden also den zwingenden Normen angenähert; vgl. dazu BGHZ 41 (1964) S. 154, 60 (1973) S. 243 ff.

Es ist aber ein hohes Mass an Ungewöhnlichkeit zu verlangen. Wer global zustimmt, "muss immerhin eine gewisse Variationsbreite des im einzelnen nicht beachteten Inhalts in Kauf nehmen" ⁵⁶⁾. Bei der Prüfung der Ungewöhnlichkeit einer Klausel, ist auch im kaufmännischen Verkehr auf subjektive Voraussetzungen abzustellen ⁵⁷⁾. Die Ungewöhnlichkeit bemisst sich individuell, nach der Erfahrung des AGB Adressaten ⁵⁸⁾. Es kann dabei auch nicht etwa auf das formelle Kriterium der Kaufmannseigenschaft ⁵⁹⁾ abgestellt werden, da Kaufleute nicht generell als geschäftserfahren betrachtet werden dürfen ⁶⁰⁾. Auch branchenübliche Klauseln können ungewöhnlich sein, wenn beim Akzeptanten die branchenspezifische Erfahrung fehlt ⁶¹⁾.

1.3. Konkludente Abrede

Fehlt eine ausdrückliche Bezugnahme ⁶²⁾, können AGB auch nach dem Vertrauensprinzip Geltung erlangen, wenn eine Partei aufgrund des Verhaltens der Gegenpartei auf deren Bereitschaft schliessen darf, sich den AGB zu unterwerfen ⁶³⁾. Das Erwähnen von AGB in Verkaufsprospekten genügt nicht für deren Verbindlichkeit, es sei denn, der AGB-Verwender mache den Vertragspartner vor Vertragsabschluss unmissverständlich auf die AGB aufmerksam ⁶⁴⁾.

56) Schönenberger/Jäggi OR 1 N 499.

57) "Nur eine Betrachtungsweise, welche die subjektive Ausgangslage des Kunden berücksichtigt, erwirkt die erforderliche Einzelfallgerechtigkeit (Giger (6) 36 A 66.

58) Giger (6) 35 ff.; Schönenberger/Jäggi OR 1 N 499.

59) Dazu vorne 3. Kap./§ 3/A., S. 20 ff.

60) BGE 91 I 16, 98 Ia 322, 85 I 148 ff.

61) Schönenberger/Jäggi OR 1 N 499.

62) Giger (6) 57 ff.

63) Z.B. falls frühere Verträge zwischen den gleichen Parteien unter Einbezug der AGB geschlossen wurden; vgl. dazu Merz (2) 147. Nach BGE 77 II 154 ff. muss die Ablehnung der bisher den Geschäften zugrunde gelegten AGB nach Treu und Glauben ausdrücklich erfolgen.

64) Giger (6) 61; Forstmoser 110; Schuler 91 f.

Auch die Inkorporierung von AGB durch Bestätigungsschreiben ist ein Fall konkludenter Abrede⁶⁵⁾.

1.4. Usancencharakter

Erlangen AGB in einer bestimmten Branche eine so starke Verbreitung, dass sie zur kaufmännischen Uebung werden, kann vom AGB-Adressaten im kaufmännischen Verkehr erwartet werden, dass er ihre Geltung ausdrücklich ausschliesst, falls er die AGB für den in Frage stehenden Einzelvertrag nicht zur Anwendung bringen will⁶⁶⁾. Da sich AGB nur im Ausnahmefall zur kaufmännischen Uebung verdichten, ist diese Frage jedoch von untergeordneter Bedeutung⁶⁷⁾.

1.5. Gewohnheitsrechtscharakter

Die Existenz von AGB, die infolge dauernder Verwendung des betreffenden Formulars verbunden mit der gesamtschweizerischen Ueberzeugung ihrer Rechtsverbindlichkeit (*opinio necessitatis*) zu Gewohnheitsrecht wurden, ist ein seltener Fall⁶⁸⁾. Es mag häufiger vorkommen, dass einzelne Klauseln mit gewohnheitsrechtlichen Normen übereinstimmen.

65) Vgl. dazu vorne 5. Kap. /§ 1/B/I., S. 43 ff.

66) BGE 77 II 156, 47 II 160 ff., 83 II 522 ff.; Kramer OR 1 N 200 und 277 ff.

67) Liver bemerkt zurecht, dass ihnen der Charakter einer Verkehrs-sitte solange abgeht, als sie "nicht in den beteiligten Kreisen auf beiden Seiten die Anerkennung von Konventionalregeln gefunden haben, was dadurch erschwert ist, dass sie nicht wie die Handelbräuche im allgemeinen, im Geschäftsverkehr zwischen gleichgestellten Partnern herausgebildet, sondern von der einen Vertragspartei einseitig festgesetzt sind" (Liver (1) 22).

68) Vgl. dazu Giger (6) 65.

1.6. Vorrang der Individualabrede

Eine den AGB widersprechende Individualabrede geht vor, selbst dann, wenn sie bloss mündlich vereinbart worden ist⁶⁹⁾. Es kann sich jedoch das Problem der Vertretungsmacht stellen: Der AGB-Adressat muss nach dem Vertrauensprinzip⁷⁰⁾ aufgrund der Umstände des Einzelfalles annehmen dürfen, sein Verhandlungspartner sei befugt, den AGB widersprechende Abreden zu treffen.

1.7. Beiderseitige Verwendung von AGB

Im Falle der wechselseitigen Verweisung auf unterschiedliche AGB, nimmt die herrschende Lehre⁷¹⁾ an, dass beide AGB infolge Dissens nicht gelten und das dispositive Recht Platz greift, falls nicht eine Partei in unmissverständlicher Weise auf die Anwendung ihrer AGB verzichtet⁷²⁾.

69) BGE 81 II 350; Kramer OR 1 N 210 ff.; Schönenberger/Jäggi OR 1 N 491 ff.; Merz (2) 332; Giger (6) 67 f.

70) Kramer OR 1 N 213.

71) Giger (6) 66 f.

72) Der Ausschluss fremder AGB in den eigenen AGB genügt nicht; vgl. dazu Bucher (4) 137 A 122. Giger plädiert für eine differenzierte Lösung: "Die korrekte Lösung ergibt sich direkt aus OR 2: Zeigt eine Analyse der konkreten Umstände, dass die AGB-Frage für die Parteien im Zeitpunkt des Vertragsschlusses von bloss nebensächlicher Bedeutung war, und handelt es sich deshalb um einen Nebenpunkt im Sinne von Art. 2 OR, so ist der von den Parteien abgeschlossene Einzelvertrag gültig zustande gekommen; freilich - mangels Abrede - nicht auf der Basis von Allgemeinen Geschäftsbedingungen, sondern des dispositiven Gesetzesrechts. Stellt sich umgekehrt heraus, dass das Problem der AGB-Zuständigkeit für die Parteien nicht nur nebensächliche Bedeutung einnimmt, dann liegt überhaupt kein gültiger Vertrag vor; es fehlt an der für den Vertragsabschluss notwendigen Willenseinigung über alle objektiv und subjektiv wesentlichen Punkte" (Giger (6) 66 f.).

2. Standardisierte Vertragsklauseln (Incoterms)

Kaufmännische Lieferklauseln gelten nur soweit, als sie Bestandteil der rechtsgeschäftlichen Uebereinkunft geworden sind⁷³⁾. Die Internationale Handelskammer (IHK) hat die wichtigsten Klauseln genau beschrieben⁷⁴⁾.

Die Umschreibung des Inhalts der Incoterms durch die IHK ist für die Parteien nur dann verbindlich, wenn sie zum Ausdruck bringen, dass die Bedeutung gemäss "Incoterms 1953" oder "Incoterms 1980" gemeint sei. Die Vertragsparteien können also den einzelnen Klauseln übereinstimmend eine andere Bedeutung zumessen. Für den kaufmännischen Verkehr ist jedoch anzunehmen, dass eine Vermutung für Übereinstimmung mit der Sinngebung der IHK besteht⁷⁵⁾.

73) Im Unterschied zur kaufmännischen Uebung; vgl. dazu 4. Kap./§ 2. Vgl. zum Ganzen Giger OR 185 N 87-89 und OR 189 N 65-68; Guhl/Merz/Kummer 322 f.; Bucher (5) 77-80; Eisemann Frédéric, Die Incoterms heute und morgen. Zur Klauselpraxis des internationalen Warenhandels, 2. A., Wien 1980; Digenopoulos, Die Abwandlung der CIF- und POB-Geschäfte im modernen Ueberseeskaufrecht, Arb. z. Rechtsvergl. Nr. 91, Frankfurt/M. 1978; Schmitthoff, The export Trade, 7. A., London 1980; Hage, Die Vertragsklauseln cif, fob, ab Kai unter Berücksichtigung der Trade Terms, Heidelberg 1956.

74) In der neuesten Publikation aus dem Jahre 1980 finden sich die internationalen Regeln für die Auslegung der folgenden Vertragsformeln: AB WERK, FOR/FOT, FAS, FOB, C&F, CIF, AB SCHIFF, AB KAI, GELIEFERT GRENZE, GELIEFERT VERZOLLT, FOB FLUGHAFEN, FREI FRACHTFUEHRER, FRACHTFREI, FRACHTFREI VERSICHERT.

75) Bucher (5) 78.

§ 2 Verzug als besonderes Problem der Vertragswirkung

A. Verzug des Verkäufers

I. Gesetzliche Regelung

1. Allgemeine Grundsätze

Die Verzugsvorschriften des Kaufrechts bei Verzug des Verkäufers im kaufmännischen Verkehr (Art. 190 und 191 OR) beziehen sich auf die Rechtsfolgen des Verzuges. Um sie auszulösen, muss der Käufer dargetun, dass ein genau bestimmter Lieferungstermin verabredet worden ist. Für die Voraussetzungen des Verzuges gelten auch im kaufmännischen Verkehr die allgemeinen Vorschriften von Art. 102 ff. OR: Ist kein bestimmter Lieferungstermin vereinbart, setzt der Eintritt des Verzugs eine Mahnung¹⁾ voraus. Ist dagegen ein bestimmter Lieferungstermin verabredet (Verfalltagsgeschäft), tritt Verzug ohne Mahnung ipso iure ein, wenn der Schuldner am Verfalltag noch nicht geleistet hat²⁾.

2. Geltungsbereich der Sonderordnung³⁾

Die Sondervorschrift von Art. 190 OR findet ausschliesslich Anwendung auf Kaufgeschäfte des kaufmännischen Verkehrs, bei welchem die Parteien einen Verfalltag verabredet haben. Ein "bestimmter Lieferungstermin" (Verfalltag) kann durch Bezeichnung eines Kalendertages oder durch Festlegung einer genau bestimmten (bzw. bestimmbaren) Frist vereinbart werden⁴⁾.

1) V. Tuhr/Escher 136 ff.; Becker OR 102 N 8-23; Bucher (4) 315-317.

2) V. Tuhr/Escher 135 ff.; Bucher (4) 314 ff.; Guhl 134 ff.; Jäggi 181 ff.; Hartmann J. 44 ff.; Lörtscher 31 ff.; Keppler 31 ff.

3) Vgl. dazu Giger OR 190 N 4 ff.

4) Giger OR 190 N 21-26; Keppler 23 ff.; Bär 42 ff.; Plüss 112.

Der Ausdruck "Liefertermin" ist so auszulegen, dass darunter auch ein bestimmter Versendungstermin beim Distanzkauf oder ein bestimmter Abladetermin beim Ueberseekauf zu verstehen ist. Der Parteiwille geht auch in diesen Fällen auf die "fixe" Vornahme der Leistung und rechtfertigt daher eine Subsumtion unter Art. 190 OR. Dieser Artikel knüpft an die Verabredung eines "bestimmten Lieferungstermins" im kaufmännischen Verkehr die sonst im bürgerlichen rechtsgeschäftlichen Verkehr für "Fixgeschäfte" üblichen Rechtsfolgen⁵⁾.

Obwohl Art. 190 OR die Vermutung des kaufmännischen Fixgeschäftes nicht ausdrücklich erwähnt, wurde sie stets richtigerweise von Gerichtspraxis⁶⁾ und Doktrin⁷⁾ angenommen. Die Voraussetzungen des Art. 190 OR decken sich aber nicht mit den weitergehenden des Art. 108 Ziff. 3 OR. Art. 190 OR verlangt nicht die Absicht der Parteien, dass die Leistung "genau zu einer bestimmten oder bis zu einer bestimmten Zeit" erfolgen soll, sondern bloss die Verabredung eines "bestimmten Lieferungstermins" und verweist damit auf den "bestimmten Verfalltag" gemäss Art. 102 Abs. 2 OR⁸⁾. Im Gegensatz zum Fixgeschäft im Sinne von Art. 108 OR ist beim kaufmännischen Fixgeschäft das Erfüllungsdatum nicht zu einem so wesentlichen Vertragsbestandteil erhoben worden, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung dieses Termins steht und fällt⁹⁾. Zweifel können bei der Prüfung der Frage entstehen, ob man es bei Art. 190 OR mit einer eigentlichen Vermutung im Rechtssinne oder eher mit einer Auslegungsvorschrift zu tun hat¹⁰⁾.

5) Giger OR 190 N 11-13.

6) BGE 46 II 166, 49 II 33 und 228; ZR 15/371, 34/144.

7) Bär 60; Comment 92; Guhl 135; Keppler 11; Oser/Schönenberger OR 190 N 11; Cavin 43 f.; Giger OR 190 N 11; Keller/Lörtscher 27.

8) Vgl. etwa Giger OR 190 N 13; a.M. Bär 59 ff. ohne Begründung sowie Cavin 43 f.

9) BGE 49 II 227 f., 45 II 439; BlHE 14/300; Becker OR 108 N 12 ff.

10) Meier-Hayoz 135 sieht in Art. 190 OR eine spezielle Auslegungsvorschrift.

So hat das Bundesgericht festgestellt, bei Vorliegen einer genügend präzisen Zeitbestimmung werde nach Art. 190 OR der auf ein Fixgeschäft gerichtete Parteiwille vermutet¹¹⁾. Diese Ansicht ist abzulehnen: wie oben bereits dargelegt, wird bei Art. 190 OR nicht ein auf ein Fixgeschäft gerichteter Parteiwille vermutet, sondern lediglich an die Abrede eines bestimmten Verfalltages die Auslösung der fixgeschäftstypischen Rechtsfolgen geknüpft. Dieser Vorgang ist der *praesumptio iuris* zumindest sehr ähnlich, so dass im Einklang mit Judikatur und Literatur zu Art. 190 OR weiterhin der Ausdruck "Vermutung" verwendet werden darf. Die Entstehungsgeschichte von Art. 190 OR lässt ebenfalls erkennen, dass eine Vermutung darin enthalten ist¹²⁾. Auch im kaufmännischen Verkehr kann es indessen vorkommen, dass die Voraussetzungen eines Fixgeschäftes im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR vorliegen, nämlich dann, wenn die Parteien an die Vereinbarung eines genauen Erfüllungszeitpunkts die Willensmeinung knüpfen, dass genau dann und nur dann erfüllt werden soll (Wegfall der Erfüllbarkeit)¹³⁾. Nach dem Auslegungsgrundsatz *a maiori ad minus* kommt in diesem Fall die Vermutung des kaufmännischen Fixgeschäftes gemäss Art. 190 OR erst recht zum tragen. Der Hauptunterschied zwischen dem allgemeinen und kaufmännischen Fixgeschäft besteht also in der Beweislast: während der Gläubiger bei Art. 108 Ziff. 3 OR die gesamte Beweislast für das Vorliegen eines Fixgeschäftes zu tragen hat, muss der Käufer bei Art. 190 OR lediglich nachweisen, dass es sich um kaufmännischen Verkehr handelt und ein bestimmter Lieferungsstermin vereinbart wurde, um die fixgeschäftstypischen Rechtsfolgen auszulösen. Durch die Aufstellung der Vermutung wird die Lage des Käufers im Vergleich zu Art. 108 Ziff. 3 OR erleichtert.

11) BGE 49 II 228.

12) Vgl. dazu vorne 2. Kap., S. 3 ff.

13) Dabei gilt es zu beachten, dass in der deutschen Lehre das gewöhnliche Fixgeschäft des schweizerischen Rechts (Art. 108 Ziff. 3 OR) als "relatives Fixgeschäft" bezeichnet wird. Dies zur Abgrenzung vom "absoluten Fixgeschäft" als Fall der objektiven Unmöglichkeit, wo die Leistung nach dem fixierten Termin nicht mehr erbracht werden kann (vgl. Gauch/Schluép/Jäggi N 1740).

Beim Sukzessivlieferungsvertrag¹⁴⁾, wo der Verkäufer die Ware in zeitlich gestaffelten Teillieferungen zu erbringen hat, kann der Zeitpunkt der einzelnen Teillieferungen zum voraus im Sinne von Art. 190 OR fest bestimmt werden. Die Annahme einer verspäteten Teillieferung hat die Umwandlung des Fixgeschäftes in ein Mahngeschäft zur Folge¹⁵⁾. Grundsätzlich treten die Verzugsfolgen gemäss Art. 190 OR nur für die jeweils unterbliebene Teillieferung ein¹⁶⁾. Der Käufer hat jedoch das Recht auf alle künftigen Leistungen des Verkäufers zu verzichten, wenn das Ausbleiben einer Teilleistung den Schluss zulässt, dass auch die künftigen nicht rechtzeitig erfolgen werden¹⁷⁾. Sind beim Sukzessivlieferungsvertrag keine bestimmten Lieferungstermine vereinbart und verzögert der Verkäufer eine Lieferung, so hat der Käufer, wenn er seine Schadenersatzansprüche wahren will, den Verkäufer zu mahnen und ihn für die Vertragserfüllung eine Nachfrist anzusetzen¹⁸⁾.

14) Vgl. dazu Hürlimann Hans, Der Sukzessivlieferungs-Kaufvertrag, Diss. Bern 1940; Guyer Hans, Der Kauf auf Abruf und die Handelsbräuche hierüber, Diss. Zürich 1947; Koller Thomas, "Die Tücken eines Lexikons" oder "Die Anwendung abzahlungsrechtlicher Normen auf Sukzessivlieferungsverträge", SJZ 75/53 ff.; Sauter Daniel, ausgewählte Probleme des Sukzessivlieferungsvertrages, Diss. Zürich 1982; BGE 59 II 305.

15) Bommer 77 ff.; ZBJV 76/103; SJZ 36/269; SJZ 37/249.

16) Der Gläubiger kann dann weitere Leistungen gemäss Art. 82 OR verweigern, bis die säumige Gegenpartei ihre rücksständigen Leistungen erbracht hat.

17) BGE 45 II 61; Bucher (4) 342; Keller/Lörtscher 120; Béguelin, SJK 665, S. 7; Giger OR 190 N 38. Zur sogenannten positiven Vertragsverletzung vgl. Otfinger (5) Nr. 61 und Bucher (4) 298 f. mit Hinweisen auf Judikatur und Lehre.

18) Semjud. 76/39.

II. Wahlrecht des Käufers

1. Voraussetzungen des Wahlrechts

Mit der Vermutung in Art. 190 OR, wonach an die Vereinbarung eines bestimmten Liefertermins die für Fixgeschäfte (Art. 108 Ziff. 3 OR) geltende Rechtsfolge, d.h. die Entbehrlichkeit einer Nachfristansetzung geknüpft wird, hat der Gesetzgeber den besonderen Interessen des kaufmännischen Verkehrs Rechnung getragen¹⁹⁾. Als Voraussetzung zur Ausübung des Wahlrechts genügt der blosser Eintritt des Verzugs. Nach Art. 190 OR wird also das gewöhnliche Verfalltagsgeschäft gleich wie das Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR behandelt, d.h., dass im kaufmännischen Verkehr bei der Vereinbarung eines gewöhnlichen Verfalltages stets ein Fixgeschäft zu vermuten ist. Der Käufer hat lediglich den bestimmten Lieferungsstermin zu beweisen, nicht aber den Willen der Parteien, dass die Leistung genau zu einer bestimmten Zeit erfolgen soll²⁰⁾. Der Verkäufer seinerseits kann die Vermutung widerlegen, indem er nachweist, dass einem an sich bestimmten Liefertermin durch den ausdrücklichen oder konkludenten Willen der Parteien bzw. den zum Vertragsschluss führenden Umständen oder aus Usanzen²¹⁾, die Bedeutung von Art. 190 OR abgesprochen wird. Allein die Art des Kaufgegenstandes vermag die Vermutung des kaufmännischen Fixgeschäftes jedoch nicht zu widerlegen.

19) Giger OR 190 N 4.

20) Vgl. dazu vorne 5. Kap./§ 2/A/I./2., S. 60 ff.

21) ZR 7/343 f., 8/149 ff., 9/278; BlHE 15/298; Semjud. 42/272; Becker OR 190 N 7; Oser/Schönenberger OR 190 N 11; Giger OR 190 N 30.

"Manchmal entkräftet auch die Natur des abgeschlossenen Vertrages die Fixgeschäftsvermutung des Art. 190 OR. Sie spielt z.B. im allgemeinen nicht, wenn landwirtschaftliche Produkte beim Bauern gekauft werden" (Giger OR 190 N 29). In diesen Fällen handelt es sich ohnehin nur selten um kaufmännischen Verkehr.

Die Ansicht Gigers²²⁾, dass bei Saisonartikeln im Zweifel angenommen werden müsse, dass die Lieferung auf Anfang der Saison noch genüge, auch wenn die Parteien einen bestimmten Lieferungstermin festgelegt haben, erachte ich deshalb als unbefriedigend:²³⁾ Diese Rechtslage widerspricht dem Bestreben, im kaufmännischen Bereich klare Verhältnisse und eine rasche Abwicklung des Geschäftes zu ermöglichen. Auch bei Saisonartikeln ist die exakte Einhaltung des Lieferungstermins für den Käufer von grosser Bedeutung:

- Oefters hat sich der Käufer, im Vertrauen auf den Lieferungs-termin, bereits durch ein Weiterveräusserungsgeschäft seiner-seits (fix) verpflichtet und gerät so in Verzug.
- Ein nur um wenige Tage verzögertes Angebot der Ware, führt er-wiesenermassen zu einer grossen Umsatzbeeinträchtigung weil der Saisonbeginn die beste Verkaufsperiode ist.
- Durch ein verspätetes Eintreffen der Ware lassen sich die Ver-kaufsvorbereitungshandlungen nicht wie geplant durchführen (Werbung, Grafik).
- Das Fehlen einzelner Teile in einem Sortiment führt dazu, dass Publikum zur Konkurrenz abwandert.

Es muss also dem Verkäufer gelingen, die Fixgeschäftsvermutung des Art. 190 OR einwandfrei zu widerlegen; bei bestehenden Zweifeln ist der Beweis nicht erbracht. Nur diese Lösung trägt den besonderen Interessen des kaufmännischen Verkehrs Rechnung. Die Entkräftung der Fixgeschäftsvermutung kann sich auch aus AGB ergeben²⁴⁾. Das Verhalten des Käufers ist ebenfalls geeignet, die Vermutung von Art. 190 OR zu widerlegen²⁵⁾, z.B. wenn er dem in Verzug befindlichen Verkäufer eine neue Frist zur Lieferung ansetzt²⁶⁾, bzw. in der

22) Giger OR 190 N 30.

23) Vgl. auch ZR 1/169 f., wo es um die Frage ging, ob bei einem Kaufvertrag über eine Partie Winterschuhe, mit der Bestimmung "Lieferzeit Oktober" die Vermutung des Art. 234 aOR weg falle, was in casu bejaht wurde.

24) Keller Heinz 66 ff.; Lörtscher 39 ff.

25) Plüss 122; Giger OR 190 N 31.

26) BGE 26 II 128.

Verhandlung vor dem Friedensrichter die Ansetzung einer Nachfrist verspricht²⁷⁾, oder wenn er weiterhin Realleistung verlangt²⁸⁾. Hatte der Verkäufer im regelmässigen Geschäftsverkehr die Gewohnheit, die Lieferung auch nach unerheblicher Verspätung anzunehmen, würde es gegen Treu und Glauben verstossen, wenn er bei einer weiteren verspäteten Lieferung die Annahme verweigern würde²⁹⁾.

Die Vertragsparteien können sich auch darauf einigen, nur die allgemeinen Regeln des OR über den Verzug oder eine andere Regelung zur Anwendung zu bringen. Denkbar ist auch eine Abrede oder Usanz, dass bei Nichtlieferung innerhalb einer erweiterten Frist trotzdem noch OR 190 zur Geltung gelangt. In diesem Fall hat nicht der angegebene Liefertermin, sondern erst der in einem bestimmten Zeitraum nachfolgende Termin die Bedeutung des bestimmten Liefertermins gemäss Art. 190 OR³⁰⁾.

2. Inhalt des Wahlrechts

Seinem Inhalt nach entspricht das Wahlrecht der allgemeinen Ordnung von Art. 107 Abs. 2 i.V.m. 109 OR. Weil Art. 190 OR den Rechtsbehelf des Rücktritts nicht ausdrücklich erwähnt (der Randtitel "Rücktritt im kaufmännischen Verkehr" ist verwirrend), vertritt ein Teil der Lehre die Ansicht, der Rücktritt sei dem Käufer verwehrt³¹⁾. Da der Gesetzgeber mit Art. 190 eine Besserstellung des Käufers im kaufmännischen Verkehr anstrebte, kann es jedoch nicht der Zweck dieser Norm sein, das Rücktrittsrecht zu verwehren³²⁾. Der Käufer kann auch gemäss Artikel 190 OR vom Vertrag zurücktreten, wenn er es erklärt. Es wäre nicht verständlich, wenn nur bei Verabredung eines bestimmten Liefertermins, denn nur auf diese Fälle ist Art. 190 OR anwendbar, der Rücktritt ausgeschlossen sein sollte.

27) ZR 27/88.

28) Keppler 13; Plüss 123; BGE 43 II 229 und 172, 51 II 326, 26 II 127, 30 II 303, 24 II 397; SJZ 9/322, 10/156.

29) Plüss 122 f.; Bär 61.

30) Was aber der Verkäufer zu beweisen hat.

31) Becker OR 190 N 10; Cavin 44 f.

32) Giger OR 190 N 32-35; Keller/Lörtscher 27; Plüss 136; Bär 53; Lemp 74; Keppler 44 ff.; Oser/Schönenberger OR 190 N 14; Comment in SJK 219, S. 1.

3. Ausübung des Wahlrechts

Art. 190 Abs. 2 OR knüpft an das Schweigen des Käufers die Rechtsfolge, dass er nicht mehr nachträgliche Erfüllung nebst Ersatz des Verspätungsschadens fordern darf. Will er weiterhin vom Verkäufer Erfüllung verlangen, so hat er ihm das unverzüglich nach Ablauf der Lieferfrist mitzuteilen. Der Käufer kann dem Verkäufer eine angemessene Nachfrist zur nachträglichen Erfüllung ansetzen. Nach Ablauf dieser Frist erhält er das dreifache Wahlrecht gemäss Art. 107 OR³³⁾. Welche Zeitspanne als "unverzüglich" gilt, beurteilt sich nach den im Einzelfall bestehenden Interessen der Parteien³⁴⁾. In der Regel muss die Erklärung noch am gleichen, spätestens am folgenden Tag abgegeben werden. "Besondere Umstände mögen eine Erstreckung der Frist rechtfertigen"³⁵⁾. Sobald diese Frist verstrichen ist, erlischt daher die Pflicht des Verkäufers zur Erbringung der Leistung. Auch Art. 190 Abs. 2 ist dispositiv, d.h. die Parteien können die angesprochene Rechtsfolge ausdrücklich oder stillschweigend wegbedingen. Eine diesbezügliche Abrede ist vom Verkäufer zu beweisen³⁶⁾ und kann auch noch nach Ablauf der Frist vereinbart werden. Giger³⁷⁾ erwähnt folgende Beispiele:

- Nachträgliches Anbieten und vorbehaltlose Annahme der Lieferung³⁸⁾.
- Reklamation der Ware nach Ablauf der Erklärungsfrist, wenn sich der Verkäufer darauf einlässt³⁹⁾.

33) Giger OR 190 N 41.

34) Giger OR 190 N 39.

35) Giger OR 190 N 39; "Je weniger der säumige Vertragsteil durch einen etwelchen Aufschub einen Nachteil erleiden kann, um so weniger ist es damit peinlich streng zu nehmen, dass die Entschliessung unverzüglich ergehe" (ZR 19/290).

36) So auch Plüss 137.

37) Giger OR 190 N 40.

38) BGE 21 II 534 f.

39) BGE 24 II 397.

- Konkludentes Verhalten der Parteien im Prozess.

Gemäss Art. 190 OR wird vermutet, dass der Käufer auf nachträgliche Erfüllung verzichtet und Schadenersatz wegen Nichterfüllung (Erfüllungsinteresse) verlange. Will der Käufer vom Vertrag zurücktreten, muss er den Verkäufer innert einer angemessenen Ueberlegungsfrist benachrichtigen. In diesem Fall besitzt der Käufer einen Anspruch auf den sogenannten Vertrauensschaden (negatives Vertragsinteresse)⁴⁰⁾.

III. Berechnung des Schadenersatzes

1. Geltungsbereich der Sonderordnung

Art. 191 Abs. 1 OR ist überflüssig, wiederholt er doch, was schon gemäss Art. 97 ff. OR gilt: Kommt der Verkäufer seiner Vertragspflicht nicht nach, ist er zu Schadenersatz verpflichtet⁴¹⁾, falls die Voraussetzungen zur Anwendung der Haftungsregeln gemäss Art. 97 ff. OR gegeben sind (Vorliegen eines Schadens⁴²⁾, adäquater Kausalzusammenhang zwischen Verzug und Schaden⁴³⁾, Verschulden des Verkäufers⁴⁴⁾). Für die Schadenersatzbemessung gelten die allgemeinen Grundsätze nach Art. 43 f. i.V.m. 99 OR: So kann der Schadenersatz etwa dann reduziert werden, wenn der Verzug

40) Giger OR 190 N 43-45.

41) Oser/Schönenberger OR 191 N 2; Giger OR 191 N 9.

42) Vgl. dazu Max Keller, Das negative Interesse im Verhältnis zum positiven Interesse, Diss. Zürich 1949; Paul Lemp, Schadenersatz wegen Nichterfüllung als Folge des Schuldnerverzuges, Diss. Bern 1939.

43) Becker OR 97 N 54 ff.; Giger OR 191 N 10; Bucher (4) 303.

44) Giger OR 190 N 37 und OR 191 N 8 f.; von Tuhr/Escher 154; Lemp 36 und 198 ff.; Becker OR 107 N 40 und OR 97 N 57 ff.; Guhl 143; Keppler 44; Bucher (4) 303-305.

durch aussergewöhnliche Umstände mitverursacht worden ist (z.B. Krieg)⁴⁵⁾ oder der Schaden in keinem Verhältnis zum Verschulden des Verkäufers steht⁴⁶⁾.

Art. 191 Abs. 2 und 3 OR statuieren für den Käufer besonders günstige Berechnungsarten des Schadens für den Fall, dass der Käufer unter Aufrechterhaltung des Vertrages an Stelle der Lieferung Schadenersatz im Umfang des Erfüllungsinteresses verlangt. Diese Möglichkeiten bestehen nicht nur beim kaufmännischen Fixgeschäft sondern auch beim Mahngeschäft im kaufmännischen Verkehr⁴⁷⁾.

1.1. Konkrete Schadensberechnung (Art. 191 Abs. 2 OR)

Gemäss Art. 191 Abs. 2 OR braucht der Käufer seinerseits den Vertrag nicht zu erfüllen und kann als Schadenersatz das um den Betrag des Kaufpreises reduzierte Erfüllungsinteresse verlangen, d.h. das Erfüllungsinteresse und der Kaufpreis werden miteinander verrechnet, eine Möglichkeit, die auch gemäss Art. 120 OR dem Käufer zur Verfügung steht⁴⁸⁾. Das Erfüllungsinteresse besteht in Höhe des Kaufpreises, den der Käufer für den Kauf der Ersatzware bezahlt hat. Obwohl Art. 191 Abs. 2 OR die Möglichkeit des Deckungskaufs nur für den "kaufmännischen Verkehr" ausdrücklich erwähnt, ist die konkrete Schadensberechnung nach dieser Vorschrift auch im nichtkaufmännischen Verkehr zuzulassen, weil sie dem allgemeinen Begriff des Schadenersatzes entspricht⁴⁹⁾. Die konkrete Schadensberechnung

45) BGE 43 II 170 ff., 357.

46) Semjud. 86/530 ff.; Keppler 66 f.

47) Giger OR 191 N 6.

48) Zum Abschluss der Verrechnung vgl. Lemp 57 f.; Zur Austausch- und Differenztheorie vgl. Giger OR 191 N 17-24; von Tuhr/Escher 105; Bucher (4) 332-336; Zur konkreten Schadensberechnung vgl. Giger OR 191 N 30-40; Oser/Schönenberger OR 191 N 6-9; Keller/Lörtscher 29; Plüss 162-165; Keppler 57-61; Lemp 171-175.

49) Vgl. Giger OR 191 N 31; SJZ 18/367; Lemp 171; a.M. Oser/Schönenberger OR 191 N 6 sowie Cavin 47. In BGE 104 II 200 wird die Frage offen gelassen.

nach Art. 191 Abs. 2 OR gehört demnach nicht zur Sonderordnung des kaufmännischen Verkehrs. Weiter geht aus dieser Vorschrift hervor, dass der Käufer nicht verpflichtet ist, einen Deckungskauf vorzunehmen. Wird er jedoch aus der Verpflichtung zum Weiterverkauf gegenüber einem Drittkäufer selbst schadenersatzpflichtig, besteht eine Obliegenheit zum Deckungskauf. Dies folgt aus dem allgemeinen Grundsatz, dass der Gläubiger, soweit Treu und Glauben es erfordern, alles zur Abwendung oder Verminderung des Schadens beizutragen hat⁵⁰⁾. Eine Eindeckungspflicht besteht auch, falls der Verkäufer dem Käufer eine günstige Gelegenheit für einen Deckungskauf gleicher Art und Güte nachweist⁵¹⁾. Weiter ist der Käufer nach Treu und Glauben gehalten, möglichst gleiche Ware unter den selben Bedingungen zu beschaffen⁵²⁾. Bei steigenden Preisen muss er den Deckungskauf möglichst rasch tätigen.

1.2. Abstrakte Schadensberechnung (Art. 191 Abs. 3 OR)

Besitzt der Kaufgegenstand einen Markt- oder Börsenpreis, braucht der Käufer keinen effektiven Deckungskauf vorzunehmen. In diesem Fall berechnet sich das Erfüllungsinteresse abstrakt nach dem Markt- oder Börsenpreis, den der Käufer zu bezahlen hätte, wenn er zur Erfüllungszeit gleiche Ersatzware gekauft hätte⁵³⁾.

50) Art. 44 i.V.m. 99 OR. "Dem auf Bezahlung des Schadens belangten Verkäufer steht einredeweise der Einwand zu, dass durch einen Deckungskauf der Schaden hätte vermieden oder vermindert werden können" (BGE 44 II 51).

51) Giger OR 191 N 32.

52) "Hat sich der Käufer jedoch in bessere Ware eingedeckt, so ist vom Deckungspreis ein entsprechender Abzug zu machen" (SJZ 16/337); Vgl. auch Giger OR 191 N 34-40. "Allerdings darf dem Käufer nicht zugemutet werden, langwierige Erkundigungen darüber einzuziehen, wie und wo er die Ersatzware möglichst günstig kaufen könnte, sondern er muss nur seine Geschäftserfahrungen berücksichtigen" (Keller/Lörtscher 29).

53) Vgl. zur abstrakten Schadensberechnung Giger OR N 41-57; Oser/Schönenberger OR 191 N 10-15; Keller/Lörtscher 30; Plüss 166-158; Keppler 61-67; Lemp 175-186.

Die abstrakte Schadensberechnung ist nicht nur im kaufmännischen, sondern auch im nichtkaufmännischen Verkehr zulässig⁵⁴⁾, da es für die Berechnung des Eindeckungsschadens nicht darauf ankommt, ob der Käufer die ausgebliebene Ware mit der Absicht des Wiederverkaufs oder zum Eigengebrauch erwirbt.

Der Schaden besteht also in der Differenz zwischen dem abstrakten Markt- oder Börsenpreis (bzw. "Käuflichkeitspreis")⁵⁵⁾ und dem Vertragspreis. Besteht ein Markt- oder Börsenpreis, so ist der Käufer stets zur abstrakten Schadensberechnung befugt, also auch dann, wenn er einen Deckungskauf unter günstigeren Bedingungen hätte abschliessen können⁵⁶⁾. Umgekehrt ist aber eine Schadensliquidation gemäss Art. 191 Abs. 2 OR nicht ausgeschlossen: Hat der Käufer den Kaufgegenstand bereits in einem früheren Zeitpunkt weiterveräussert, so kann er den bei diesem Geschäft erzielten Preis bei der Schadensberechnung berücksichtigen, selbst wenn der Markt- oder Börsenpreis im Zeitpunkt des Verzugsintrittes niedriger sein sollte⁵⁷⁾. Hat der Käufer die nicht gelieferte Ware zum voraus mit Verlust weiterveräussert, muss die Schadenersatzpflicht des Verkäufers jedoch reduziert werden⁵⁸⁾, um dem Käufer nicht die Möglichkeit zu geben, sich mit dem Schadenersatz zu bereichern. Der Käufer darf also, auch wenn die Voraussetzungen von Art. 191 Abs. 3 OR zutreffen, konkret berechnen. Umgekehrt ist die abstrakte Berechnung zulässig, wenn er einen Deckungskauf vorgenommen hat. Dem Verkäufer bleibt in diesem Fall jedoch der Nachweis offen, dass der effektive (konkrete) Schaden geringer ist als der abstrakte; auch hier soll vermieden werden können, dass sich der Käufer mit dem Schadenersatz bereichert⁵⁹⁾.

54) Giger OR 191 N 43; Oser/Schönenberger OR 191 N 1; Lemp 176; unklar BGE 49 II 34.

55) Giger OR 191 N 44; Keppler 62 f.; Cavin 49 f.

56) BGE 42 II 373; Oser/Schönenberger OR 191 N 15.

57) BGE 43 II 178 und 221, 44 II 50 und 515, 49 II 80; Oser/Schönenberger OR 191 N 2; Lemp 178.

58) So auch Giger OR 191 N 51.

59) Giger OR 191 N 51; Lemp 181; BGE 49 II 81.

Voraussetzung der Anwendung von Art. 191 Abs. 3 OR ist das Vorliegen eines Markt- oder Börsenpreises für die betreffende Ware. Nach schweizerischem Recht ist unter Marktpreis der Preis zu verstehen, der infolge regelmässiger Geschäftsabschlüsse für eine bestimmte Ware an einem bestimmten Handelsplatz (mehrere Anbieter und Nachfrager!) zu einer bestimmten Zeit erzielt wird⁶⁰⁾. Der Käufer, der den Schadenersatz abstrakt berechnen will, hat daher darzutun, dass ein Markt vorhanden ist. Dies trifft nicht zu für Waren, bei denen es nur gelegentlich zu Abschlüssen kommt und zu Preisen, die von den Vertragsparteien im Einzelfall beeinflussbar sind⁶¹⁾.

Massgebend ist der Markt- oder Börsenpreis zur Erfüllungszeit (bzw. im Zeitpunkt nach Ablauf einer allfällig gesetzten Nachfrist)⁶²⁾ am Erfüllungsort. Unterschiedliche Lieferungs- und Zahlungsbedingungen müssen in Rechnung gestellt werden⁶³⁾. Der Verkäufer ist auch berechtigt, von der Differenz zwischen Vertrags- und Marktpreis Einsparungen des Käufers infolge der Nichtlieferung abzuziehen⁶⁴⁾.

Auch die Berechnung des entgangenen Gewinns ist abstrakt möglich, sofern die Voraussetzungen von Art. 191 Abs. 3 OR erfüllt sind⁶⁵⁾.

60) BGE 49 II 84, 78 II 432, 81 II 55; ZR 46/120.

61) Cavin 50 erwähnt das Beispiel vom "Markt" für Occasionsautomobile, der nicht dem Markt im Rechtssinne entspricht.

62) BGE 42 II 373, 43 II 223 und 356; Lemp 177.

63) BGE 38 II 124; Keppler 64.

64) Giger OR 191 N 51.

65) Giger OR 191 N 52-57; Keppler 65 f. "vom Marktpreis im Zeitpunkt des Verzichts auf die nachträgliche Erfüllung des Verkäufers kann nur ausgegangen werden, sofern dieser nicht beweist, dass der Käufer die Ware bei rechtzeitiger Erfüllung zu einem niedrigeren Marktpreis verkauft hätte, als zur Zeit des Verzichts auf Erfüllung. Der Käufer muss den Grundsätzen des konkreten Schadennachweises genügen, wenn er seinerseits dartun will, dass er im Falle der rechtzeitigen Erfüllung die Kaufsache noch einige Zeit behalten und erst später zu einem höheren Marktpreis verkauft hätte" (Giger OR 191 N 55). Auf diese Weise ist zu vermeiden, dass der Käufer zulasten des Verkäufers spekuliert und sich mit dem Schadenersatz bereichert.

Logischerweise ist dem Verkäufer die Einrede verwehrt, der Käufer hätte durch Vornahme eines Deckungskaufes den Schaden verringern können⁶⁶⁾.

Der Markt- oder Börsenpreis braucht nicht unter den selben Vertragsbedingungen zu stehen. Entscheidend ist der Preis, "welchen der Käufer bei den in seinem Geschäft üblichen Zahlungs- und Lieferungsbedingungen hätte erzielen können"⁶⁷⁾. Auch in diesem Fall bleibt dem Verkäufer der Nachweis offen, dass dem Käufer effektiv ein geringerer Schaden entstanden ist, als der, welcher aus der abstrakten Berechnung resultiert⁶⁸⁾.

2. Schadensberechnung bei Beharren des Käufers auf nachträglicher Erfüllung durch den Verkäufer

Der Käufer hat Anspruch auf Ersatz des Verspätungschadens⁶⁹⁾.

Im kaufmännischen Verkehr fallen als Schadensposten in Betracht:

- Ersatz für entgangenen Gewinn, falls der Weiterverkauf nicht oder nur zu ungünstigen Konditionen durchgeführt werden kann⁷⁰⁾.
- Ersatz für Wertverminderung des Kaufgegenstandes seit Verzugs-eintritt.

66) Giger OR 191 N 54.

67) Lemp 183; vgl. auch Giger OR 191 N 56.

68) BGE 49 II 81 f.; Giger OR 191 N 57.

69) BGE 104 II 199; Becker OR 103 N 12 ff.; Plüss 158-160.

70) Den Beweis für diesen Schaden kann der Käufer durch den Nachweis eines abgeschlossenen Weiterveräußerungsgeschäftes leicht erbringen. Hat die Kaufsache einen Markt- oder Börsenpreis, lässt sich der Schaden als Differenz zwischen dem Markt- oder Börsenpreis im Zeitpunkt des Eintritts des Verzugs und dem geringeren Marktpreis zur Zeit der erfolgten Lieferung bzw. Lieferbereitschaft abstrakt berechnen (BGE 47 II 439). In den übrigen Fällen liegt es im Ermessen des Richters, unter Berücksichtigung der Umstände zu entscheiden. Dabei ist in Erwägung zu ziehen, dass nicht stets vom höheren Preis zur Zeit des Verzugsseintrittes ausgegangen werden darf, weil der Käufer nicht immer in der Lage ist, zu diesem Preis die Weiterveräußerung vorzunehmen.

- Ersatz für Nutzungen, die in der Zwischenzeit hätten gezogen werden können.
- Ersatz für Ausgaben der Inverzugsetzung.

Die Schadensberechnung ist erst möglich, sobald die verspätete Leistung erbracht wird oder die Leistungspflicht infolge nachträglicher Unmöglichkeit oder Verzicht des Gläubigers entfällt. Der Gläubiger bleibt seinerseits zur Leistung verpflichtet und kann Vorleistungen nicht zurückfordern. Die Erfüllungsverzögerung des Schuldners bewirkt bei Vorleistungspflicht des Schuldners oder Zug-um-Zug-Geschäften einen zeitlichen Aufschub der Leistungspflicht des Gläubigers. Beim Handelskauf wird der Käufer aus praktischen Gründen kaum diesen Anspruch wählen, sondern es vorziehen, einen Deckungskauf vorzunehmen.

3. Schadensberechnung bei Rücktritt des Käufers vom Vertrag

Der Käufer hat diesfalls Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Vertrauensschaden), bestehend in der Differenz zwischen dem Vermögensstand, wie er sich für den Käufer infolge Abschlusses des aufgelösten Vertrags ergibt und dem Vermögensstand, wie er ohne eingehen des Vertrages bestanden hätte, wenn vom Vertrag nie die Rede gewesen wäre⁷¹⁾. In der Regel ist das negative Interesse kleiner als das positive, weil der Käufer nur mit dem Erfüllungsinteresse Ersatz des entgangenden Gewinns verlangen kann⁷²⁾.

71) Giger OR 191 n 25-29; Bucher (4) 336-340; von Tuhr/Escher 155-157; Becker OR 109 N 1-9; Guhl/Merz/Kummer 231; Plüss 168-172; Keppler 49-52. Zu den Elementen des negativen Vertragsinteresses vgl. Max Keller 258 ff. sowie Becker OR 26 N 6 ff.

72) Das negative Interesse kommt dem positiven gleich, falls es dem Zurücktretenden gelingt, konkret nachzuweisen, dass er durch den Vertrag, von dem er zurücktreten musste, sich hat abhalten lassen, ein anderes, für ihn günstigeres Geschäft abzuschliessen; vgl. dazu BGE 44 II 508 sowie ZR 46/303.

Das negative Interesse ist hingegen dann grösser als das positive, wenn ein günstigeres Geschäft als das vorliegende hätte abgeschlossen werden können. Ich lehne die mögliche Schadenersatzbeschränkung des negativen Interesses auf die Höhe des positiven aus folgenden Überlegungen ab⁷³⁾:

Aus dem qualifizierten Schweigen des Gesetzgebers zu dieser Frage ist zu schliessen, dass eine solche Limitierung nicht erwünscht war⁷⁴⁾. Die Nichtbeachtung dieser negativen Entscheidung des Gesetzgebers (*argumentum e silentio*) und die Annahme einer Gesetzeslücke würde somit einer unerlaubten Gesetzesberichtigung gleichkommen.

Der Abschluss eines Verlustgeschäftes ist nicht in jedem Fall als "ungeschickt"⁷⁵⁾ oder als "Fehler"⁷⁶⁾ zu betrachten. Der Käufer kann zur Wahrung bzw. Anlockung von Geschäftskundschaft, zur Vervollständigung des Sortiments, zur Imagepflege mit Luxusartikeln aber auch um die guten Geschäftsbeziehungen zum Verkäufer zu pflegen, veranlasst sein, ein ungünstiges Geschäft abzuschliessen. Es entspricht dem in der schweizerischen Privatrechtsordnung verwurzelten Institut der Privatautonomie, dass dem Einzelnen das Recht gewährt wird, selbst zu entscheiden welche Gestaltung von Erwerbsentscheidungen er für angemessen hält⁷⁷⁾. Die "Vernünftigkeit" eines Rechtsgeschäftes beurteilt sich allein aus der Sicht des einzelnen Rechtssubjektes und entzieht sich deshalb einer Angemessenheitskontrolle⁷⁸⁾. Der Abschluss eines "ungeschickten" Geschäftes darf dem Käufer nicht zum Vorwurf gemacht werden.

73) A.M. Giger OR 191 N 27-29 und Keller Max 250 f.

74) Vgl. dazu ExpKom Mai 1908, S. 5 f. Eine ausdrückliche Beschränkung findet sich in den §§ 122 und 307 BGB.

75) Giger OR 191 N 28.

76) Keller Max 250.

77) Einzelne zwingende Normen bleiben vorbehalten.

78) Von Art. 21 OR einmal abgesehen, fehlen Regelungen, die eine Kontrolle des Verhältnisses von Leistung und Gegenleistung, d.h. der Preishöhe, ermöglichen.

- Keller spricht von "Mitverschulden" und "Ursachenkonkurrenz" als Reduktionsgrund⁷⁹⁾. Dem ist entgegenzuhalten, dass ein Selbstverschulden gemäss Art. 44 OR, das zur Entstehung oder Verschlimmerung des Schadens beiträgt, nicht vorliegt. Der Abschluss eines ungünstigen Vertrages ist auch nicht adäquat kausal zum Verzug des Schuldners; es besteht demnach keine Konkurrenz von Schadenursachen⁸⁰⁾.
 - Ueberdies stellt sich auch die Frage, was denn unter einem "Verlustgeschäft" zu verstehen sei? Etwa Verkauf zum oder unter dem Einstandspreis, oder das Nichterreichen der notwendigen Marge zur Deckung aller Kosten (wobei zu berücksichtigen ist, dass es für die Aufteilung der Kosten kein eindeutiges wissenschaftliches Verfahren gibt)⁸¹⁾?
- Entgegen von Tuhr/Escher⁸²⁾, Becker⁸³⁾ und Oser/Schönenberger⁸⁴⁾ ist Schuldnerverzug auch dann anzunehmen, wenn eine Nebenpflicht verletzt wird, falls dadurch das Austauschverhältnis gestört werden kann⁸⁵⁾. Die gleichen Autoren befürworten ja auch das Rücktrittsrecht des Verkäufers, wenn der Käufer bei einer Wahl-erklärung in Verzug ist⁸⁶⁾. Gerade im kaufmännischen Verkehr ist es von Bedeutung, dass auch "unwesentliche Zugehörstücke"⁸⁷⁾

79) Keller Max 250.

80) Keller/Landmann, Tafeln 24 und 29.

81) Sowohl Giger wie auch Keller befürworten eine billige Lösung im Einzelfall: "Immerhin sind auch Fälle denkbar, in denen der Verkäufer dem Käufer das negative Vertragsinteresse, welches das positive übersteigt, vollumfänglich ersetzen muss. Dies trifft dann zu, wenn der Käufer mit dem Vertragsabschluss zwar keinen grossen Gewinn bezweckte, jedoch im Vertrauen auf dessen Gültigkeit und Erfüllung grosse Auslagen gehabt hat."

82) Von Tuhr/Escher 157.

83) Becker OR 107 N 13.

84) Oser/Schönenberger OR 107 N 5.

85) Bär 5 f.; Béguelin 2; Lemp 24 ff.; Semjud. 62/382.

86) Vgl. dazu hinten 5. Kap. /§2/B., S. 81.

87) Von Tuhr/Escher 157.

rechtzeitig geliefert werden, um dem Bedürfnis nach speditiver Vertragsabwicklung gerecht zu werden⁸⁸⁾. Bei den Fällen, in denen ein in die Planung des Käufers eingegangener, für die Nutzung der Leistung, erheblicher Faktor ausbleibt oder von Anfang an nicht existiert und dadurch die programmgemässe Weiterveräusserung des Kaufgegenstandes vereitelt wird, muss dem Käufer das Rücktrittsrecht zugebilligt werden, da die Ursache solcher Störungen der (dem Schuldner bekannten) Verwendungsplanung des Gläubigers dem Schuldner zuzurechnen ist. Der Ausschluss des Rücktrittsrechtes nach Treu und Glauben ist nur dann denkbar, falls ganz untergeordnete Teile nicht rechtzeitig geliefert werden können, und der Verkäufer verspricht, dass sie innert kürzester Frist nachgeliefert werden. In solchen Fällen würde das scharfe Mittel des Rücktritts zu einer übermässigen Schädigung des Verkäufers führen.

Das Rücktrittsrecht ist auch ausgeschlossen, falls der Gläubiger aus von ihm zu vertretenden Gründen nicht mehr in der Lage ist, allfällige empfangene Teilleistungen zurückzugeben⁸⁹⁾:

- Falls die Sache durch Verschulden des Gläubigers untergegangen ist.
- Falls der Gläubiger die Sache bereits weiterveräussert hat und sie vom Dritten nicht herauszubekommen ist.
- Falls die Sache umgestaltet worden ist und nicht mehr in die alte Form zurückgebracht werden kann, oder belastet ist (z.B. mit Pfandrecht oder Nutzniessung).

88) In einem alten Entscheid hat denn auch das Bundesgericht festgestellt, dass Art. 122 aOR (nun Art. 107 OR), angewandt werden muss, "non seulement lorsque l'un des contractants est en demeure sur un point essentiel du contrat, mais au contraire toutes les fois que l'une des parties est en demeure sur un point quelconque du contrat pourvu que suivant les règles de la bonne foi, ce point-là n'apparaisse pas comme absolument accessoire ou comme ne présentant aucun intérêt pour l'autre partie" (Jdt 52/490). Dieser Auffassung ist beizupflichten.

89) Becker OR 109 N 11-13.

Ist der Gläubiger am Verzug des Schuldners mitschuldig (z.B. durch falsche Informationen), so ist das Rücktrittsrecht ebenfalls ausgeschlossen⁹⁰⁾, da die Ausübung des Rücktrittsrechts in diesem Fall ein rechtsmissbräuchliches *venire contra factum proprium* darstellen würde. Hat der Gläubiger den Schuldner durch sein Verhalten dazu veranlasst, auf einen bestimmten Tatbestand oder dessen Nichtvorhandensein zu vertrauen, so ist dieser im Sinne von Art. 2 ZGB gehalten, dieses Vertrauen nicht zu enttäuschen. Ein *venire contra factum proprium* kann somit allenfalls in dem Fall vorliegen, wo eine Partei durch ihr Verhalten im Hinblick auf bestimmte Planungsfaktoren einen Vertrauenstatbestand geschaffen hat. Man wird daher nur dort, wo eine der Parteien Planungsfehler besser verhindern konnte, weil diese Faktoren in ihrem Organisationsbereich lagen oder sie zu ihnen einen eindeutig besseren Zugang besass, davon sprechen können, sie habe die Verantwortung dafür getragen, dass ihr Vertragspartner seine Planung auf unzulänglichen Daten aufgebaut hat. Zieht man die Grenzen für die Anwendung des Prinzips des *venire contra factum proprium* dementsprechend eng, so erweist es sich in all den Fällen als unfruchtbar, in denen die Störung auf einem unvorhersehbar "von aussen" einwirkenden Ereignis beruht.

Die Parteien können ein Recht zum Rücktritt auch ausserhalb der in Art. 107 ff. OR vorgesehenen Bedingungen vereinbaren (*lex commissoria*). Es kann z.B. vereinbart werden, dass der Vertrag bei Fristablauf ohne Rücktrittserklärung als aufgehoben gilt, dass bei einer Fristansetzung Rechtsfolgen angedroht werden müssen oder dass der Gläubiger bei Verzug des Schuldners keinen Schadenersatz verlangen, sondern nur zurücktreten dürfe⁹¹⁾. Das Rücktrittsrecht kann auch ausgeschlossen werden.

90) Becker OR 109 N 15.

91) BGE 28 II 237.

IV. Verhältnis der Sonderordnung zum Anwendungsbereich der Art. 107 ff. OR

1. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 190 OR zu der allgemeinen Regelung

Das kaufmännische Fixgeschäft, bei welchem das Schweigen des Käufers bei Verzug des Verkäufers gemäss Art. 190 OR zur Folge hat, dass er auf die primäre Leistung verzichtet und statt dessen Schadenersatz verlangen kann, erlaubt einen im Vergleich zu Art. 107 f. OR weitergehenden Gläubigerschutz beim Handelskauf. Es handelt sich somit beim kaufmännischen Fixgeschäft um eine Modifikation von Art. 108 Ziff. 3 OR. Dabei gilt es zu beachten, dass Art. 190 OR auch dann zur Anwendung gebracht werden kann, wenn bei einem Handelskauf ein gewöhnliches Fixgeschäft im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR vereinbart wurde⁹²⁾.

Art. 190 Abs. 1 OR enthält eine im Vergleich zu Art. 107 ff. OR für den Käufer günstigere Regelung. Das Gesetz zwingt ihn aber nicht, davon Gebrauch zu machen (Art. 190 Abs. 2 OR). Es bleibt dem Käufer also unbenommen, nach Art. 107 OR vorzugehen und dem Verkäufer eine Nachfrist anzusetzen⁹³⁾. Er geht dabei des Rechts zur Schadensberechnung nach Art. 191 OR nicht verlustig⁹⁴⁾. Der Käufer kann die Schadensberechnung auch dann gemäss Art. 191 Abs. 2 und 3 OR vornehmen, wenn er mangels der speziellen Voraussetzung des Art. 190 OR ("bestimmter Lieferungsstermin") nach den allgemeinen Bestimmungen über den Verzug bei synallagmatischen Verträgen vorzugehen hat⁹⁵⁾.

92) Vgl. dazu vorne 5. Kap. /§ 2/A/I./2, S. 60.

93) Giger OR 190 N 9 f.; Keller/Lörtscher 28; Bär 24; BGE 43 II 172, 49 II 34.

94) BGE 43 II 172, 49 II 34.

95) Giger OR 191 N 6; Oser/Schönenberger OR 191 N 1.

2. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 191 OR zu der allgemeinen
Regelung

Der Käufer ist nicht gezwungen, die Schadensberechnung nach der Differenztheorie gemäss Art. 191 OR vorzunehmen. Er kann nach Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen und das positive Interesse im Sinne der allgemeinen Regelung verlangen. Danach besteht das positive Interesse in der Differenz zwischen dem hypothetischen Vermögensstand wie er sich bei rechtzeitiger Erfüllung durch den Verkäufer ergeben hätte, und dem Vermögensstand, wie er nun, im Falle der Nichterfüllung, besteht⁹⁶⁾. In diesem Fall ist der Käufer jedoch grundsätzlich verpflichtet, den Kaufpreis zu bezahlen (Austauschtheorie), sofern er nicht von der Verrechnungsmöglichkeit gemäss Art. 120 OR Gebrauch machen will und kann⁹⁷⁾.

96) Keller Max 3 f.

97) Keller/Lörtscher 30.

B. Verzug des Käufers

I. Rücktrittsrecht des Verkäufers (Art. 214 OR)

Beim Pränumerando- und Barkauf kann der Verkäufer, wenn der Käufer mit der Zahlung des Kaufpreises in Verzug kommt, ohne weiteres vom Vertrag zurücktreten (Art. 214 Abs. 1 OR), sofern er dem Käufer von diesem Rücktritt sofort Anzeige macht (Art. 214 Abs. 2 OR). Art. 214 Abs. 3 OR lässt beim Kreditkauf den Rücktritt vom Vertrag wegen Verzug des Käufers nur zu, wenn der Verkäufer sich dieses Recht ausdrücklich vorbehalten hat. Art. 214 OR bildet zusammen mit Art. 215 OR und den Art. 190 f. OR eine kaufrechtliche lex specialis zu den allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts über den Schuldnerverzug (Art. 102 ff. OR). Im Unterschied zu Art. 190 OR gilt aber Art. 214 OR sowohl im kaufmännischen als auch im bürgerlichen Verkehr, und zwar nicht nur bei Verfalltagsgeschäften, sondern auch bei Mahngeschäften⁹⁸⁾. Art. 190 OR betrifft nur den Verzug des Verkäufers; das kaufmännische Fixgeschäft besteht folglich nur zugunsten des Käufers. Für Geschäfte mit fixer Leistungspflicht des Käufers im kaufmännischen Verkehr besteht keine besondere Regelung. Wird also für die Leistung des Käufers im kaufmännischen Verkehr ein weitergehender Schutz des Verkäufers, als ihn Art. 107 und 214 OR bieten, beabsichtigt, muss ein gewöhnliches Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR vereinbart werden⁹⁹⁾. Die Vereinbarung eines bestimmten Termins für die Leistung des Käufers im kaufmännischen Verkehr genügt demnach nicht für die Auslösung der fixgeschäftstypischen Rechtsfolgen, da ein Fixgeschäft im Sinne von Art. 108 Ziff. 3 OR nur dann vorliegt, wenn es überdies auch der Willensmeinung der Parteien entspricht, dass am fix bestimmten Termin (bzw. einer genau bestimmten Frist) erfüllt werden soll¹⁰⁰⁾.

98) Vgl. Giger OR 214 n 4-6 und N 19 ff.; Oser/Schönenberger OR 214 N 1; Keller/Lörtscher 32 f.; ZR 22/109.

99) Vgl. auch Keppler 14 ff.

100) Becker OR 108 N 12 ff.

Das kaufmännische Fixgeschäft kommt somit nur als einseitiges Fixgeschäft (zugunsten des Käufers) vor. Neben der Zahlung des Kaufpreises werden gerade im kaufmännischen Verkehr auch andere Verpflichtungen, etwa die Spezifikation oder der Abruf fix versprochen. Wird ein Spezifikationskauf¹⁰¹⁾ als Fixgeschäft abgeschlossen, kommt auch im kaufmännischen Verkehr Art. 108 Ziff. 3 OR zur Anwendung, falls die Parteien den bestimmten Zeitpunkt für die Vornahme der Spezifikation zu einem so wesentlichen Vertragsbestandteil erhoben haben, dass der Vertrag mit der Einhaltung oder Nichteinhaltung dieses Termins steht und fällt. Fixgeschäfte dieser Art kommen jedoch nicht häufig vor. In der Regel besteht bei der Vereinbarung eines genauen Zeitpunktes zur Vornahme der Spezifikation nicht die Willensmeinung der Parteien, dass genau dann und nur dann spezifiziert werden soll. Nimmt der Käufer in diesen Fällen die Spezifikation nicht rechtzeitig vor, gerät er mangels Vornahme der ihm obliegenden Vorbereitungshandlungen nach Art. 91 OR in Gläubigerverzug. Der Verkäufer darf dann selbst spezifizieren und entweder die Ware hinterlegen (Art. 92 OR) oder einen Selbsthilfeverkauf (Art. 93 OR) vornehmen¹⁰²⁾. Verabreden die Parteien, dass die Lieferung auf Abruf des Käufers zu erbringen ist und haben sie ein Fixgeschäft gemäss Art. 108 Ziff. 3 OR vereinbart, braucht ein verspäteter Abruf des Käufers vom Verkäufer nicht angenommen zu werden. Nimmt der Verkäufer einen an sich verspäteten Abruf an, so hat dies die Umwandlung des Fixgeschäftes in ein Mahngeschäft zur Folge¹⁰³⁾. Der Kauf auf Abruf ist jedoch meistens ein Nachfristgeschäft¹⁰⁴⁾.

101) Vgl. dazu Russenberger Walter, Der Spezifikationskauf nach schweizerischem OR unter Berücksichtigung der deutschrechtlichen Regelung, Diss. Zürich 1918.

102) Bommer 77-79; Russenberger 52; BGE 42 II 225; § 375 Abs. 2 HGB.

103) Bommer 77 ff.; ZBJV 76/103 f.; SJZ 36/269, 37/249.

104) So auch das Zürcher Obergericht: "Das Abrufgeschäft ist begrifflich derart verschieden vom Fixgeschäft, dass im Zweifel nicht auf das letztere geschlossen werden kann. Ohne genauere Vertragsbestimmungen darüber, dass nach Ueberschreitung der vereinbarten Abruffristen der Besteller ohne weiteres zum Rücktritt berechtigt sein solle, muss das Abrufgeschäft als gewöhnliches Mahngeschäft betrachtet werden" (SJZ 16/337).

Es gilt dabei zu beachten, dass die Abrufklausel dem Käufer den wirtschaftlichen Vorteil bietet, sich für den Abruf der Ware einen günstigen Zeitpunkt auszusuchen, in einem gewissen Umfang mit der Ware auf Kosten des Verkäufers zu spekulieren. Lässt sich der Verkäufer vom Käufer aber die Ware fix im Sinne von Art. 108, Ziff. 3 OR versprechen, kann er diese Möglichkeit begrenzen.

II. Berechnung des Schadenersatzes

1. Geltungsbereich der Sonderordnung

Nach dem Gesetzeswortlaut ist Art. 215 OR nur für den kaufmännischen Verkehr bestimmt¹⁰⁵⁾. Art. 214 OR, der die Rechtsfolgen des Käuferverzugs mangels anderslautender gesetzlicher Vorschrift sämtlicher Kaufverträge regelt, steht in keinem unmittelbaren Zusammenhang mit Art. 215 OR¹⁰⁶⁾. Der Verkäufer kann den Schadenersatz auch dann nach Art. 215 OR berechnen, wenn er beim Zahlungsverzug des Käufers nicht nach Art. 214 OR sondern nach der allgemeinen Regelung gemäss Art. 107 OR vorgeht¹⁰⁷⁾. Gemäss Art. 215 Abs. 1 OR braucht der Verkäufer bei Verzug des Käufers seinerseits nicht zu erfüllen, kann aber trotzdem Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen, nämlich die Differenz zwischen dem vertraglich vereinbarten Kaufpreis und dem Preis, zu welchem er die Sachen in guten Treuen weiterverkauft hat (Differenztheorie)¹⁰⁸⁾. Art. 215 OR kann keine Anwendung finden, wenn der Verkäufer vom Vertrag zurücktritt, da die besondere Schadensberechnung nur dann möglich ist, wenn er unter Aufrechterhaltung des Vertrages auf Realerfüllung verzichtet und statt dessen Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangt¹⁰⁹⁾. Hat der Verkäufer die Sache dem Käufer bereits geliefert, kann der Schadenersatz auch nicht nach der Differenztheorie berechnet werden¹¹⁰⁾.

105) Zur Streitfrage der Ausdehnung der in Art. 215 OR statuierten Differenztheorie auf den bürgerlichen Verkehr vgl. Giger OR 215 N 26 - 32 und 55 sowie Keller/Lörtscher 35 f.

106) Giger OR 214 N 6 und 215 N 6; Lemp 75; ZR 22/109.

107) Giger OR 215 N 6; BGE 49 II 34 f.

108) "Bei Waren die einen Markt- oder Börsenpreis haben, kann er ohne einen solchen Verkauf die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Markt- und Börsenpreis zur Erfüllungszeit als Schadenersatz verlangen" (Art. 215 Abs. 2 OR).

109) Giger OR 215 N 5; Keller/Lörtscher 35; Comment (1) 129 und 154; Honegger 63; Voser 99; Lemp 78.

110) Giger OR 215 N 33; Lemp 78.

In diesem Fall kann er nur entweder den Rücktritt (falls er sich diesen vorbehalten hat)¹¹¹⁾ oder den Austauschanspruch geltend machen. Art. 215 OR anerkennt die Schadensberechnung nach der Differenztheorie ausdrücklich und in Übereinstimmung mit Art. 191 Abs. 2 und 3 OR im kaufmännischen Verkehr. Für die Begriffsbestimmung des "kaufmännischen Verkehrs" in Art. 215 OR gelten die gleichen Grundsätze wie bei Art. 190 OR¹¹²⁾. Entgegen der Ansicht Gigers¹¹³⁾ liegt kaufmännischer Verkehr nach Art. 215 OR nicht nur dann vor, wenn der getätigte Verkauf mit dem Geschäftsbetrieb des Verkäufers im Zusammenhang steht. Der "kaufmännische Verkehr" ist ein einheitliches und objektives Kriterium für ein Veräusserungsgeschäft, d.h. es befinden sich beide Vertragsparteien gemeinsam entweder im kaufmännischen oder im bürgerlichen Verkehr. Der Standpunkt Gigers, es komme im Rahmen von Art. 215 OR "massgeblich auf die entsprechenden Intentionen des Verkäufers an"¹¹⁴⁾, bedeutet ein Schritt in Richtung des subjektiven Systems, welches im schweizerischen Recht abgelehnt wird¹¹⁵⁾. Der kaufmännische Verkehr ist stets als sachlicher, Verwendungszweckbezogener Begriff zu verstehen; es muss auf die Art des Verkehrs abgestellt werden und nicht auf persönliche Eigenschaften der daran beteiligten Personen. Obwohl es bei Art. 215 OR darum geht, den Schaden des Verkäufers zu ermitteln, ist nicht einzusehen, weshalb der als Kaufmann bzw. gemäss kaufmännischen Regeln handelnde Verkäufer, gegenüber dem Privatmann, der Sachen zum Eigengebrauch kauft, derart privilegiert werden soll, wenn es andererseits dem Käufer verwehrt ist, sich bei Verzug des Verkäufers auf die für ihn günstigen Art. 190 f. OR zu berufen.

111) Art. 214 Abs. 3 OR.

112) Dazu vorne 3.Kap., S. 7 ff.

113) Giger OR 215 N 24 f.

114) Giger OR 215 N 24.

115) Dazu vorne 3.Kap. / § 1, S. 7 f.

1.1. Konkrete Schadensberechnung (Art. 215 Abs. 1 OR)

Der Verkäufer ist nach Art. 215 Abs. 1 OR berechtigt einen sogenannten Selbsthilfeverkauf vorzunehmen und als Schadenersatz die Differenz zwischen dem Vertragspreis und dem Preis, den er beim Selbsthilfeverkauf gelöst hat, vom Käufer zu fordern. Diese Berechnungsmethode ermöglicht dem Verkäufer die Kaufsache sofort weiterzuveräussern, was den besonderen Interessen des kaufmännischen Verkehrs entgegenkommt¹¹⁶⁾.

Es besteht keine Rechtspflicht zur Vornahme eines Selbsthilfeverkaufs¹¹⁷⁾. Kann der Verkäufer aus dem Selbsthilfeverkauf einen Gewinn ziehen, hat er natürlich keine Schadenersatzansprüche¹¹⁸⁾.

1.2. Abstrakte Schadensberechnung (Art. 215 Abs. 2 OR)

Besitzt der Kaufgegenstand einen Markt- oder Börsenpreis, braucht der Verkäufer keinen effektiven Selbsthilfeverkauf vorzunehmen. In diesem Fall berechnet sich das Erfüllungsinteresse abstrakt als Differenz zwischen dem Markt- oder Börsenpreis (bzw. Verkäuflichkeitspreis) zur Erfüllungszeit am Ablieferungsort und dem Vertragspreis¹¹⁹⁾. Setzt der Verkäufer dem Käufer eine Nachfrist gemäss Art. 107 OR an, ist der Markt- oder Börsenpreis im Zeitpunkt der Ausübung des Wahlrechts massgebend¹²⁰⁾. Auch die Berechnung des entgangenen Gewinns ist abstrakt möglich, sofern die Voraussetzungen von Art. 215 Abs. 2 OR erfüllt sind¹²¹⁾.

116) Zur konkreten Schadensberechnung eingehend Lemp 189 ff. "Vom Verkäufer ist die gleiche Sorgfalt zu verlangen wie vom Käufer im Falle des Verzugs des Verkäufers bei der Vornahme eines Deckungskaufes" (Keller/Lörtscher 36). Zu den Merkmalen des Selbsthilfeverkaufs vgl. Giger OR 215 N 43-52.

117) Giger OR 215 N 17 und 42.

118) BGE 65 II 171 ff.

119) Giger OR 215 N 53-62; Lemp 192 ff.; Keller/Lörtscher 36 f.

120) Lemp 193; BGE 48 II 106.

121) Giger OR 215 N 63-69.

Folglich ist dem Käufer die Einrede verwehrt, der Verkäufer hätte den Schaden durch einen Selbsthilfeverkauf verringern können¹²²⁾.

2. Schadensberechnung bei Beharren des Verkäufers auf nachträglicher Zahlung des Kaufpreises

Nebst der Kaufpreisforderung hat der Verkäufer Anspruch auf Verzugszins¹²³⁾. Er kann auch Ersatz des die Verzugszinsen übersteigenden Schadens verlangen, sofern sich der Käufer nicht exkulpieren kann¹²⁴⁾.

Zum Verspätungsschaden sind u.a. zu rechnen:

- Währungsverluste¹²⁵⁾,
- Ausgaben der Inverzugsetzung und Inkassospesen sowie
- der Ausfall allfälliger Nutzungen (z.B. hochverzinsliche Geldanlage, Wareneinkauf mit gewinnbringendem Absatz).

Dabei ist zu beachten, dass stets ein adäquater Kausalzusammenhang zwischen Verzugseintritt und Schadensentstehung gegeben sein muss.

3. Schadensberechnung bei Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag

Der Verkäufer hat Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses (Vertrauensschaden), bestehend in der Differenz zwischen dem Vermögensstand, wie er sich für den Verkäufer infolge Abschlusses des aufgelösten Vertrages ergibt und dem Vermögensstand, wie er ohne

122) Giger OR 215 N 54 und 66.

123) Vgl. dazu hinten IV., S. 90.

124) Der Käufer kann sich z.B. dadurch exkulpieren, indem er beweist, dass die Summe rechtzeitig abgeschickt wurde, aber infolge eines von ihm nicht zu vertretenden Ereignisses nicht rechtzeitig angekommen ist.

125) BGE 60 II 337 ff., 76 II 371 ff., 47 II 193 f., 46 II 360 f. und 408.

Eingehen des Vertrages bestanden hätte, wenn vom Vertrag nie die Rede gewesen wäre¹²⁶⁾. Das negative Interesse ist auch dann voll zu ersetzen, falls es das positive übersteigt¹²⁷⁾. Trifft den Verkäufer am Eintritt des Verzugs des Käufers ein Verschulden, so hat das Rücktrittsrecht als ausgeschlossen zu gelten¹²⁸⁾.

126) Vgl. zu den Elementen des negativen Interesses insbesondere Keller Max 258 ff.

Giger erwähnt folgende Schadenposten (OR 214 N 63):

- "- Kosten des Vertragsabschlusses, z.B. Ausgaben im Hinblick auf den Vertrag, wie Reisespesen;
- eingegangene Verbindlichkeiten, z.B. hat der Verkäufer zwecks Beschaffung der Ware mit seinem Lieferanten einen Kaufvertrag abgeschlossen;
- Nachteil, der daraus entsteht, dass der Verkäufer infolge seiner vertraglichen Beziehung zum Käufer eine andere Gelegenheit zum Abschluss eines ähnlichen Vertrages verpasste;
- beim Kreditkauf Abnützung des dem Käufer bereits gelieferten Kaufobjekts und entgangender Gewinn, weil der Verkäufer es auch hätte vermieten können (BGE 90 II 294)."

Nach dem Rücktritt des Verkäufers vom Vertrag ist dieser berechtigt, vom Käufer eine monatliche Entschädigung für die unberechtigte Benützung zu fordern, ohne dass der bösgläubige Käufer einen Zins auf dem bereits bezahlten Teil des Kaufpreises verlangen könnte (Rep. 112/313 ff.).

127) Vgl. dazu vorne 5. Kap./§2/A/III./3.; a.M. Giger OR 215 N 38 f., S. 74 ff.

128) Becker OR 109 N 7.

III. Verhältnis der Sonderordnung zum Anwendungsbereich der Art. 107 ff. OR

1. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 214 OR zu der allgemeinen Regelung

Da Art. 214 Abs. 1 OR den Verkäufer privilegiert, ist es ihm unbenommen, nach Art. 107 ff. OR vorzugehen und dem Käufer eine Nachfrist anzusetzen¹²⁹⁾. Der Käufer verliert dadurch nicht das Recht zur Schadensberechnung gemäss Art. 215 OR¹³⁰⁾. Im Gegensatz dazu benachteiligt Art. 214 Abs. 3 OR (Kreditkauf) den Verkäufer in dem Sinne, dass er nur dann vom Vertrag zurücktreten und die übergebene Sache zurückfordern kann, "wenn er sich diese Recht ausdrücklich vorbehalten hat." Diese Norm wäre zwecklos, könnte der Verkäufer statt dessen nach Art. 107 ff. OR vorgehen und auch dann zurücktreten, wenn er sich dies nicht vorbehalten hat¹³¹⁾. Es besteht also keine alternative Konkurrenz zwischen Art. 107 ff. und 214 Abs. 3 OR.

2. Verhältnis der Sonderordnung in Art. 215 zu der allgemeinen Regelung

Der Verkäufer ist nicht gezwungen, von der Sonderordnung Gebrauch zu machen, sondern kann auch nach der allgemeinen Vorschrift von Art. 107 Abs. 2 OR vorgehen und das Erfüllungsinteresse nach allgemeinen Grundsätzen berechnen¹³²⁾.

129) Giger OR 214 N 14; Lemp 35; BGE 43 II 355, 44 II 410, 45 II 40, 46 II 435, 49 II 32 ff. und 86 II 234.

130) Giger 214 N 14; BGE 49 II 34 f.

131) Giger OR 214 N 15; Keller/Lörtscher 34.

132) Das geht aus dem klaren Wortlaut von Art. 215 OR hervor; vgl. dazu BGE 65 II 173.

IV. Zinspflicht des Käufers

Die Verzugszinspflicht besteht ohne Schadensnachweis und setzt kein Verschulden des Käufers am Verzug voraus¹³³⁾. Die Verzugszinsen betragen mindesten 5 % p.a., selbst wenn der vertraglich vereinbarte Zinsfuss tiefer ist¹³⁴⁾. Wurde ein höherer Zinsfuss vereinbart oder besteht ein höherer Bankdiskontsatz unter Kaufleuten, gilt dieser Zinsfuss¹³⁵⁾. Gemäss Art. 213 Abs. 2 OR hat der Käufer, unabhängig vom Eintritt des Zahlungsverzugs infolge Ablaufs eines bestimmten Verfalltags, den Kaufpreis ohne Mahnung zu verzinsen, wenn "die Uebung es mit sich bringt." Das gleiche gilt "wenn der Käufer Früchte oder sonstige Erträgnisse des Kaufgegenstandes beziehen kann"¹³⁶⁾.

Der Käufer kann sich nur durch Zahlung oder Hinterlegung der Schuld der Zinspflicht entziehen, nicht jedoch durch ein blosses Zahlungsangebot¹³⁷⁾. Gemäss Art. 74 Abs. 2 Ziff. 1 OR sind Geldschulden in der Regel an dem Ort zu bezahlen, wo der Gläubiger zur Zeit der Erfüllung seinen Wohnsitz hat (Bringschuld). Während die Einzahlung auf ein Bankkonto des Gläubigers nur dann Erfüllung ist, wenn dieser zustimmt, darf beim Postcheckkonto nach der Verkehrsgewohnheit eine generelle Zustimmung des Gläubigers angenommen werden¹³⁸⁾.

133) Art. 104 i.V.m. 106 OR. Weil die verspätete Erfüllung dem Käufer zum Vorteil gereicht, muss die Zinspflicht einen Ausgleich schaffen. Auch fahrlässiger Irrtum oder Unkenntnis der Schuldspflicht schliessen die Zinspflicht nicht aus; vgl. dazu SJZ 69/207 und ZR 72/16.

134) Art. 104 Abs. 1 OR.

135) Art. 104 Abs. 2 und 3 OR.

136) Vorausgesetzt wird die tatsächliche Möglichkeit zum Bezug und ein entsprechender vertraglicher Anspruch des Käufers, nicht der tatsächliche Bezug. Vereitelt der Käufer die Gebrauchs- bzw. Nutzungsmöglichkeit (z.B. durch Annahmeverzug) besteht trotzdem Zinspflicht.

Unter "Erträgnissen" ist auch die rein gewerbliche und kaufmännische Gebrauchs- bzw. Nutzungsmöglichkeit zu verstehen; vgl. dazu Giger OR 213 N 9-12.

137) Semjud. 80/176.

138) Die Widerruflichkeit endet gemäss Art. 36 des Postverkehrsgesetzes dann, wenn ein Auftrag gebucht worden ist. Dies ist der Fall, wenn der einbezahlte oder überwiesene Vertrag dem Konto des Adressaten gutgeschrieben wurde; die Zinspflicht endet somit erst an diesem Tage (BJM 1960, S. 5 ff.).

§ 3 Teilzahlungsgeschäfte

A. Geltungsbereich der abzahlungsrechtlichen Normen im kaufmännischen Verkehr

Die vom Sozialschutzgedanken motivierten vertragsrechtlichen Sonderregelungen über den Abzahlungs- und Vorauszahlungskaufvertrag¹⁾ schliessen den kaufmännischen Verkehr nicht vollständig von der Schutzzone aus. In Art. 226 lit. m Abs. 4 OR werden die Fälle abschliessend aufgezählt, die nur den abzahlungsrechtlichen Normen über den Schuldnerverzug (Art. 226 lit. h Abs. 2, Art. 226 lit. i Abs. 1 und Art. 226 lit. k OR) unterstehen²⁾. So sind von der speziellen Schutzwirkung diejenigen Abzahlungsschuldner ausgenommen, die im Handelsregister als Firma oder als Zeichnungsberechtigter einer Einzelfirma bzw. einer Handelsgesellschaft eingetragen sind³⁾. Organe und Vertreter von Genossenschaften werden wie gewöhnliche Abzahlungsschuldner behandelt. Auf den besonderen Schutz des Abzahlungsrechtes wird auch beim Kauf von Gegenständen, die nach ihrer Beschaffenheit vorwiegend für einen Gewerbebetrieb oder berufliche Zwecke bestimmt sind, verzichtet⁴⁾.

1) Bundesgesetz vom 23.3. 1962 über den Abzahlungs- und Vorauszahlungsvertrag (Art. 226 a ff. OR); vgl. dazu Botschaft des Bundesrates, BBl 1960 I, S. 523 ff.

2) Zur Auslegung von Art. 226 lit. m Abs. 4 OR vgl. Giger (1) 68 f.; Stofer 134 ff.; Casanova Hugo 236 ff. sowie Jeanprêtre (2) 269 ff.

3) Mit dieser Umschreibung werden nicht alle Kaufleute erfasst; vgl. dazu 3. Kap. /§ 3 /A/I., S. 21 ff.

4) Vgl. dazu Giger (1) 68 f.; Stofer 133 f.

Begreiflicherweise hat diese Regelung zu grossen Unsicherheiten geführt⁵⁾. Fest steht, dass auf die Beschaffenheit der Kaufsache (objektives Kriterium) und nicht auf die vom Käufer angegebene Zweckbestimmung (subjektives Kriterium) abzustellen ist, da sonst die Schutzbestimmungen umgangen werden könnte.

B. Geltungsbereich der vorauszahlungsrechtlichen Normen im kaufmännischen Verkehr

Gemäss Art. 227 lit. i OR gilt für den Geltungsbereich der Art. 227 lit. a-h OR das vorstehend zum Abzahlungskauf Ausgeführte analog.

C. Kritische Würdigung der heutigen Rechtslage

Der Zweck der konsumentenschutzorientierten Spezialgesetzgebung ist eindeutig auf den Schutz des Käufers gerichtet⁶⁾. Der Konsument will als Letztabnehmer (Verbraucher) eine vertragliche Leistung nicht zu gewerblichen sondern zu privaten Zwecken nutzen bzw. verbrauchen. Der Begriff des "Konsumenten" charakterisiert also nicht eine bestimmte Personengruppe, sondern eine Funktion, da jedes Rechtssubjekt als Konsument in Frage kommt⁷⁾.

5) "So ist beispielsweise zweifelhaft, ob der Schutz des Abzahlungsrechts einem AHV-Bezüger zu gewähren sei, dem eine Xerox-Kopieranlage aufgedrängt wurde, oder einem Studenten, der sich zum Kauf eines Spielautomaten verleiten liess. Andererseits wäre es verfehlt, Abzahlungsrecht auf einen offensichtlich kommerziell ausgerichteten Kauf anzuwenden, nur weil die Kaufsache nicht "nach ihrer Beschaffenheit" vorwiegend für einen Gewerbebetrieb oder vorwiegend für berufliche Zwecke bestimmt ist" (Giger (3) 53). Aus der Praxis vgl. Semjud. 93/518; ZR 75/84, 69/139, 67/47; BJM 1976, S. 102 f.; SJZ 61/341; Dep. 107/1 ff.; BGE 103 II 114 ff.

Zur Einschränkung der Schutzwirkung infolge geringer wirtschaftlicher Bedeutung und bei begrenzter Ratenzahl vgl. Giger (1) 69 ff. und Stofer 135.

6) Vgl dazu Botschaft des Bundesrates, BBl 1960 I, S. 538 ff.

7) "Die rechtliche Berücksichtigung der Verbrauchereigenschaft ist damit gleichbedeutend mit der Anerkennung einer rechtlichen Relevanz von Zwecken, die ausserhalb des unmittelbaren Austauschs von Leistung und Gegenleistung liegen, d.h. die weitere Verwendung des Vertragsgegenstandes betreffen..." (Dauner-Lieb 13).

Privatrechtlicher Konsumentenschutz bedeutet somit Ungleichbehandlung: die Gleichheit aller vor dem Gesetz soll zugunsten bestimmter Abnehmer bzw. des Verwendungszwecks "Konsum" durchbrochen werden. Der Gesetzgeber bezweckte, den Käufer beim Abschluss des Vertrages vor Missbräuchen zu bewahren, wirtschaftlich einwandfreie Vertragsbedingungen im Interesse beider Parteien zu gewährleisten und die Rechtsstellung des Käufers vor einer schrankenlosen Ausnützung der Vertragsfreiheit zu sichern⁸⁾. Dieser ratio liegen wirtschafts- und gesellschaftspolitische Wertungen zugrunde⁹⁾. Mit dem Abstellen auf das schematische Kriterium des Handelsregistereintrags in der Umschreibung des Ausnahmetatbestandes¹⁰⁾, machte der Gesetzgeber aber deutlich, dass Unklarheit über Art und Umfang der Begrenzung des zu schützenden Personenkreises bestand. Der Bundesrat schreibt zwar in seiner Botschaft: "So ist vor allem der kaufmännische Verkehr auszunehmen, da hier ein Sozialschutz nicht nötig ist, ja den Handel sogar beträchtlich hemmen würde"¹¹⁾, lässt aber erkennen, dass er unter dem Begriff des "kaufmännischen Verkehrs" nicht die sonst im schweizerischen Recht bestehende Bedeutung zumisst¹²⁾. Die Tatsache, dass der kaufmännische Verkehr nicht vollständig ausserhalb der Schutzzone liegt, ist unbefriedigend. Es ist nicht einzusehen, weshalb der im Handelsregister eingetragene Geschäftsmann geringeren Schutzes bedarf als etwa der Freiberufler oder der nichteingetragene Kaufmann¹³⁾. Zur Gleichsetzung der Schutzbedürftigkeit des Konsumenten mit der des nicht im Handelsregister eingetragenen Abzahlungsschuldners besteht kein Anlass.

8) Vgl. Botschaft des Bundesrates, BBl 1960 I, S. 538.

9) Vgl. etwa Dauner-Lieb 108 ff.

10) Vgl. dazu vorne 5. Kap./§ 3/A., S. 91 f.

11) Botschaft des Bundesrates, BBl 1960 I, S. 546.

12) "Der Eintrag im Handelsregister ist ein eindeutiges Merkmal, das keinen Zweifel offen lässt und sich deshalb zur Unterscheidung eignet" (Botschaft des Bundesrates, BBl 1960 I, S. 571).

13) Vgl. zur Kaufmannseigenschaft vorne 3. Kap. /§ 3/A., S. 20 ff.

Es lässt sich nicht der Schluss ziehen, dass eine allgemeine Differenzierung nach schutzbedürftigen Personengruppen im Kriterium des Handelsregistereintrages angelegt sei. In Art. 226 lit. m Abs. 4 OR wird allein aus Gründen der Rechtssicherheit formal auf die Handelsregistereintragung abgestellt. Nach dem Wortlaut dieser Bestimmung bezweckt die Spezialgesetzgebung also nicht nur den Schutz des Konsumenten als privaten Letztabnehmer, sondern auch den Schutz von Kreisen, die zwar nicht im Handelsregister eingetragen, wohl aber gewerblich tätig sind.

6. Kapitel

Rechtspolitischer Ausblick

§ 1 Das geplante Konsumkreditgesetz (KKGE)

In dem vom Bundesrat am 14. September 1978 an die eidgenössischen Räte verabschiedeten Entwurf zu einem Konsumkreditgesetz (KKGE) werden in Art. 226 lit. b andere Einschränkungen des Geltungsbereichs, im Vergleich zu Art. 226 lit. m Abs. 4 OR, statuiert¹⁾. Nach Art. 226 b Abs. 3 KKGE schliesst die hauptberufliche Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit durch den Ratenschuldner oder dessen Eintrag als Geschäftsfirma im Handelsregister die Anwendung von Art. 226-226 lit. r, mit Ausnahme von Art. 226 lit. n, 226 lit. o Abs. 2-4 sowie 226 lit p Abs. 1 und 2, aus, sofern die Vertragsabschlüsse in einem offenkundigen Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Ratenschuldners stehen²⁾.

1) Art. 226 b

Die Bestimmungen über den Abzahlungskauf gelten nicht, wenn der Gesamtkaufpreis in zwei Teilzahlungen, die Anzahlung inbegriffen, zu entrichten ist, welche innerhalb eines Monats fällig werden.

Beträgt der Gesamtkaufpreis nicht mehr als 200 Franken und dauert der Vertrag nicht länger als 6 Monate, so gelten nur die Artikel 226 n, 226 o Absätze 2-4, 226 p, 226 r und, sinngemäss, 226 i Absätze 3 und 4. Der Vertrag muss jedoch nach Artikel 226 c Absatz 1 schriftlich abgefasst sein und den Barkaufpreis, den Teilzahlungszuschlag, den Gesamtkaufpreis sowie die Anzahl, den Betrag und die Fälligkeit der Teilzahlungen angeben; er bedarf ferner der Zustimmung des gesetzlichen Vertreters nach Artikel 226 c Absatz 2.

Uebt der Käufer hauptberuflich eine selbständige Erwerbstätigkeit aus oder ist er als Geschäftsfirma im Handelsregister eingetragen und steht der Kauf mit seiner Geschäftstätigkeit in offenkundigem Zusammenhang, so gelten nur die Artikel 226 n, 226 o Absätze 2-4 sowie 226 p Absätze 1 und 2.

- 2) Vgl. zum ganzen Stauder Bernd, Grundfragen einer Reform des Konsumkreditrechts. Anmerkungen zum Entwurf eines Konsumkreditgesetzes, in: SJZ 75/289-299; ders., Die geplante Neuordnung des Konsumentenkreditrechts, Schweizerische Zeitschrift für die Verbraucherpolitik 1979, S. 281 ff.; Kramer Ernst, Konsumentenschutz als neue Dimension des Privat- und Wettbewerbsrechts, in: ZSR 98 I/49-92; Giger (3) 49-53.

Der gegenüber Art. 226 lit. m Abs. 4 OR eingeschränkte Anwendungsbereich der Ausnahmeklausel³⁾ sowie das schematische Abstellen auf objektive Kriterien kann keinesfalls befriedigen, weil damit viele Fälle des kaufmännischen Verkehrs nicht erfasst werden, also dem Sozialschutz unterstellt werden, obwohl dies im Einzelfall nicht gerechtfertigt ist⁴⁾.

Der kaufmännische Verkehr sollte vollständig ausserhalb der Schutzzone liegen, da hier von Sozialschutzbedürfnis keine Rede sein kann. Jeder, auch der Private, der Handel treibt, sollte sich den damit verbundenen Risiken bewusst sein und daher von der Ausnahmeklausel erfasst werden⁵⁾.

Im Rahmen einer vom Sozialschutzgedanken motivierten vertragsrechtlichen Gesetzgebung darf sich der Gesetzgeber nicht um die notwendige Legaldefinition des Sozialschutzbedürfnisses drücken. Die Anerkennung einer allgemeinen Schutzbedürftigkeit bestimmter Kreise, beruht auf der Ueberzeugung, dass gewisse Nachfrager wegen geschäftlicher und rechtlicher Unerfahrenheit sowie wirtschaftlicher und sozialer Schwachheit der Marktgegenseite unterlegen sind.

-
- 3) Die Ausnahmeklausel soll nur für diejenigen gelten, die hauptberuflich eine selbständige Erwerbstätigkeit ausüben oder als Firmeninhaber im Handelsregister eingetragen sind, und das nur, wenn der betreffende Ratenvertrag mit ihrer Geschäftstätigkeit in offenkundigem Zusammenhang steht. Nach dem heutigen Recht umfasst die Ausnahmeklausel alle Rechtssubjekte, die im Handelsregister als Firma oder als Zeichnungsberechtigte einer Einzelfirma oder Handelsgesellschaft eingetragen sind.
- 4) "Der enge Wortlaut des Gesetzes erfasst nicht alle Tatbestände, bei denen eine Anwendung des Abzahlungsrechts wegen Fehlens je den Sozialschutzbedürfnisses entfallen sollte, umgekehrt aber mag sehr wohl doch einmal ein Sozialschutzbedürfnis gegeben sein, obwohl die in KKGE 226 b Abs. 3 umschriebenen formellen Voraussetzungen für die Anwendung der Ausnahmeklausel erfüllt sind" (Giger (3) 51).
"Logischerweise ist nicht einzusehen, weshalb der im Handelsregister eingetragene Geschäftsmann geringeren Schutzes bedarf als der nicht eingetragene und warum Geschäftsleute generell in ihrem Privatverkehr schutzbedürftiger sein sollen als bei Ausübung ihres Berufes" (Giger (5) 162).
- 5) Giger (3) 52. Zur analogen Regelung beim Vorauszahlungskauf (Art. 227 lit. a Abs. 2 KKGE) vgl. Giger (3) 92-94.

So ist insbesondere das Verhältnis zwischen Konsument und Anbieter durch ein typisches Informationsgefälle gekennzeichnet⁶⁾. Gerade er ist der Informationsflut und Komplexität der hochtechnisierten und arbeitsteilig organisierten Umwelt häufig nicht gewachsen und vermag deshalb die wirtschaftlichen und rechtlichen Konsequenzen eines Vertragsschlusses vielfach nicht zu erkennen. Unter diesen Voraussetzungen ist es fraglich, ob der Konsument die Fähigkeit und Bereitschaft aufbringt, von seinen mehr oder weniger knappen Mitteln einen vernünftigen Gebrauch zu machen. Dabei gilt es zu berücksichtigen, dass jedes Rechtssubjekt grundsätzlich frei entscheiden kann, ob es einen Vertrag abschliessen wolle oder nicht, da die Privatautonomie auch die negative Abschlussfreiheit beinhaltet. Diese Freiheit, Verträge nicht abzuschliessen, ist aber faktisch in dem Bereich eingeschränkt, wo der Verbraucher auf Konsum angewiesen ist, um seine Lebensbedürfnisse zu befriedigen⁷⁾. Die Schutzbedürftigkeit des Konsumenten muss aus seiner Angewiesenheit auf Konsum abgeleitet werden, da er in diesem Rahmen nur eine geringe Möglichkeit hat, auf die inhaltliche Gestaltung von Verträgen Einfluss zu nehmen oder durch Konsumverzicht Druck auf die Anbieterseite auszuüben. Der "kaufmännische Verkehr" sollte deshalb vollständig ausserhalb der Schutzzone liegen, da mit einem Umsatzgeschäft keine Lebensbedürfnisse befriedigt werden und somit das Bestehen eines Sozialschutzbedürfnisses verneint werden muss.

6) Vgl. dazu etwa Dauner-Lieb 62 ff.

7) Vgl. zum "Konsumzwang" über den Bereich der unmittelbaren Lebensbedürfnisse hinaus Dauner-Lieb 111 ff.

§ 2 Der Alternativentwurf von Giger (RKGE)¹⁾

Der von Giger vorgeschlagene Alternativentwurf zu einem Ratenkreditgesetz zeigt in rechtslogisch und rechtstechnisch einwandfreier Weise auf, wie mit einem wirksamen Sozialschutz ein sinnvolles Funktionieren der Vertragsfreiheit erreicht werden kann.

In Art. 1-4 RKGE wird der Geltungsbereich mittels generell abstrakter Kriterien positiv umschrieben. Art. 5 RKGE²⁾ statuiert eine negative Abgrenzung und wagt die (notwendige) Definition des Sozialschutzbedürfnisses³⁾.

Gemäss Art. 5 Abs. 2 RKGE werden alle Verträge mit "kommerziellem Zweck" vom Geltungsbereich des Gesetzes ausgenommen, mit Ausnahme der Vorschriften über den Verzug des Ratenkreditschuldners⁴⁾. Giger folgt dabei konsequent dem im schweizerischen Recht verwurzelten objektiven System und erreicht dadurch, dass die Geschäfte des kaufmännischen Verkehrs vom Geltungsbereich ausgeschlossen werden.

1) Giger (5).

2) Art. 5.

Die Bestimmungen über den Ratenkredit gelten nicht, wenn

1. das Sozialschutzbedürfnis fehlt, nämlich bei geschäftserfahrenen und rechtskundigen Ratenkreditschuldnern, die über eigenes, eine Verschuldung ausschliessendes Vermögen verfügen;
2. Der Gesamtbetrag in zwei Raten, eine allfällige Anzahlung inbegriffen, zu entrichten ist, die innerhalb von sechs Monaten fällig werden.

Ist der Ratenkreditschuldner geschäftserfahren oder rechtskundig, ohne über eigenes eine Verschuldung ausschliessendes Vermögen zu verfügen, oder beträgt der von ihm zu entrichtende Gesamtbetrag nicht mehr als 1000 Franken, oder dauert der Vertrag nicht länger als sechs Monate oder dient der Vertrag einem kommerziellen Zweck, so gelten nur die Vorschriften über den Verzug des Ratenkreditschuldners.

3) Giger (5) 156-160.

4) Giger (5) 161-164.

Fraglich scheint mir, weshalb nicht der Begriff "kaufmännischer Verkehr" in den Gesetzestext aufgenommen wurde, sondern der dem schweizerischen Recht unbekannte neue Begriff "kommerzieller Zweck". Beim Abstellen auf die vom Käufer angegebene Zweckbestimmung besteht die Gefahr der Umgehung der Schutzbestimmungen, da der Verkäufer in der Regel nicht in der Lage ist, zu beurteilen, ob die angegebene Zweckbestimmung mit den Motiven des Käufers übereinstimmt. Es muss daher mit Hilfe des Vertrauensprinzips im Einzelfall ermittelt werden, ob kaufmännischer Verkehr vorliegt oder nicht⁵⁾. Der erklärte Zweck kann dabei nicht allein massgebend sein.

Eine weitere Schwierigkeit ergibt sich bei der Beurteilung der Kommerzialität: Giger umschreibt "kommerziell" mit "gewinnstrebend"⁶⁾ und erfasst damit das spekulative Element des kaufmännischen Verkehrs, während etwa Schneeberger nur dann von "kommerziellen Verträgen" spricht, wenn beide Vertragsparteien gewerbmässig auftreten⁷⁾.

Es stellt sich auch die Frage, worin der "Gewinn" bestehen muss. Bedeutet Gewinnstrebigkeit die Erzielung irgend eines Vorteils oder nur eines, mit dem in Frage stehenden Rechtsgeschäft beabsichtigten, in Zahlen ausdrückbaren Gewinnes? Wie ist zu entscheiden, falls der Kaufpreis bei einem Handelsgeschäft so tief angesetzt wird, dass nicht mehr von "Gewinnstrebigkeit" gesprochen werden kann?

Ein Sozialschutzbedürfnis besteht generell dann nicht, wenn der Ratschuldner ein Umsatzgeschäft abschliesst⁸⁾. Der Begriff "kommerzieller Zweck" könnte somit ohne weiteres durch den des "kaufmännischen Verkehrs" ersetzt werden.

5) Vgl. dazu 3. Kap. /§ 2/A., S. 9 ff.

6) Giger (5) 162.

7) Schneeberger 23.

8) Dazu vorne 6. Kap./§ 1, S. 95 ff.

§ 3 Die ständerätliche Fassung eines Konsumkreditgesetzes vom
5. Mai 1984

Die Fassung des Ständerates geht von einer gegenüber dem KKGE geänderten Systematik aus: Die Art. 226a - 226m OR wurden ersatzlos gestrichen; der Vorauszahlungskauf wird in Art. 227 und den Art. 227a - 227p geregelt, die Konsumkreditverträge (Abzahlungskäufe und Kleinkreditverträge) werden in den Art. 318a - 318y normiert.

Nach den gleichlautenden Art. 227 Abs. 2 Ziff. 4 (Vorauszahlungskauf) und Art. 318a Abs. 2 (Kleinkreditverträge) schliesst die selbständige Erwerbstätigkeit durch den Ratenschuldner oder dessen Eintrag als Geschäftsfirma im Handelsregister die Anwendung aller Vorschriften des Konsumkreditgesetzes aus, sofern die Vertragsabschlüsse in einem offenkundigen Zusammenhang mit seiner Geschäftstätigkeit stehen. Diese Regelung weicht nur geringfügig vom Wortlaut des Art. 226b Abs. 3 KKGE ab - wurde doch lediglich das Wort "hauptberuflich" gestrichen. Sie vermag aber insofern besser zu befriedigen, als dass mit dieser Formulierung alle unter die Ausnahmeklausel fallenden Verträge materiell vollständig von den Zwängen des Konsumkreditgesetzes befreit sind.

Im übrigen erfasst auch dieser Wortlaut nicht alle Tatbestände, bei denen eine Anwendung des Konsumkreditgesetzes wegen Fehlens eines Sozialschutzbedürfnisses entfallen sollte und sind umgekehrt Fälle denkbar, bei denen ein Sozialschutzbedürfnis gegeben ist, obwohl die in den Ausnahmeklauseln umschriebenen formellen Voraussetzungen für ihre Anwendung erfüllt sind¹⁾.

1) Vgl. 6. Kap./ § 1, S. 95 ff.

§ 4 Personen- bzw. Verwendungszweckbezogene Regelungsansätze im
Hinblick auf den Anwendungsbereich eines Konsumkreditgesetzes

A. De lege lata

Die Problematik einer privatrechtlichen Privilegierung bestimmter Abnehmer bzw. des Verwendungszwecks "Konsum" wirft die Frage auf, ob bereits de lege lata in der Systematik des Obligationenrechts verallgemeinerungsfähige Ansätze zur Durchbrechung des Prinzips der Gleichheit der Rechtssubjekte vor dem Gesetz vorhanden sind. Es ist also zu prüfen, ob die Existenz von Normen, die wie etwa Art. 104 Abs. 3 OR an die Kaufmannseigenschaft ¹⁾ oder wie Art. 190, 191, 215 und 313 OR an den kaufmännischen Verkehr anknüpfen, den Schluss erlauben, dass es sich bei der Forderung nach privatrechtlichem Schutz des Konsumenten lediglich um die zeitgemässe Formulierung eines im Ansatz bereits berücksichtigten Problems handelt. Es wird dabei von Bedeutung sein, ob diesen Regelungen verallgemeinerungsfähige Schutzüberlegungen entnommen werden können.

Vorab bleibt festzustellen, dass sich die Normen der dritten, vierten und fünften Abteilung des OR nicht auf eine Konzeption unterschiedlicher persönlicher Schutzbedürftigkeit zurückführen lassen, da der nicht gewerblich tätige Konsument von ihrem Geltungsbereich von vornherein nicht berührt wird. Sie enthalten vielmehr schutzbedürftigkeitsneutrale Regelungen, die den sachlichen Besonderheiten des Handels- und Wertpapierrechts Rechnung tragen; das gleiche gilt für den Geltungsbereich der an die Kaufmannseigenschaft gebundenen handelsrechtlichen Normen ²⁾. Diese Bestimmungen knüpfen zwar formal an die Person des Kaufmanns an (Durchbruch des subjektiven Systems), beziehen sich aber inhaltlich auf das sachliche Substrat

1) Vgl. dazu 3. Kap./§ 3/ A., S. 20 ff.

2) Vgl. dazu 3. Kap./§ 3/ A2, S. 20 f.

seiner Tätigkeit, das Unternehmen. Sie lassen sich deshalb auch nicht auf eine geringere persönliche Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns zurückführen.

Ebenfalls sachbezogen und damit für die Konsumentenschutzproblematik ohne Belang sind etwa auch die unter dem 15. und 16. Titel geregelten Vertragstypen des Kommissions- und Frachtgeschäfts. Diese Verträge werden faktisch ohnehin fast nur zwischen Kaufleuten abgeschlossen, so dass sich aus diesen Regelungen keine Differenzierungen zwischen unterschiedlich schutzbedürftigen Personengruppen ableiten lassen.

In Abweichung des üblichen Schemas, die erste und zweite Abteilung des OR zum Zivilrecht, den Rest zum Handelsrecht zu zählen, müssen die Sonderbestimmungen für den kaufmännischen Verkehr zum Handelsrecht gerechnet werden, da sie ganz auf Handelsgeschäfte zugeschnitten sind³⁾. Das Obligationenrecht enthält, im Gegensatz etwa zum deutschen und österreichischen Recht, keine besondere Regelung des Handelskaufes. Der Gesetzgeber hat den Kauf für das Zivilrecht und das Handelsrecht einheitlich geregelt. Er ging dabei im wesentlichen von den Bedürfnissen des nichtkaufmännischen Verkehrs aus, um dann in einzelnen Bestimmungen ergänzend ausdrücklich auf die besonderen Bedürfnisse des Handels Rücksicht zu nehmen. Dazu gehören neben den Vorschriften für den "kaufmännischen Verkehr" solche, die eine spezielle Regelung für den Verkehr "unter Kaufleuten" (z.B. Art. 104 OR) aufstellen oder auf kaufmännische Übungen verweisen bzw. solche zulassen⁴⁾. Wie in dieser Arbeit dargelegt wurde, regeln die Sonderbestimmungen des kaufmännischen Verkehrs die Rechtswirkungen bei Nichterfüllung der versprochenen Leistung nur insoweit, wie die

3) Vgl. dazu 3. Kap./§ 2/A., S. 9 f.

4) Vgl. dazu 4. Kap./§ 2, S. 40 ff.

Bedürfnisse des Handels eine vom allgemeinen bürgerlichen Verkehr abweichende Behandlung erfordern, um eine rasche und sichere Abwicklung des Vertragsverhältnisses zu ermöglichen. Sie betreffen den häufigsten und wichtigsten Fall des kaufmännischen Fixgeschäftes mit fixer Leistungspflicht des Verkäufers und die Berechnungsarten des Schadenersatzes wegen Nichterfüllung im kaufmännischen Verkehr. Das Fixgeschäft mit fixer Zahlungspflicht des Käufers bedurfte keiner besonderen Regelungen für den Handelskauf; hier genügen die Bestimmungen des bürgerlichen Fixgeschäftes. Der "kaufmännische Verkehr" stellt somit keine Normengesamtheit dar, sondern erfasst nur einen Teil der durch den Handel geschaffenen rechtlichen Beziehungen. Diese Regelungen lassen sich daher nicht als Ausdruck der Anerkennung einer geringeren persönlichen Schutzbedürftigkeit des Kaufmanns bzw. des Käufers im kaufmännischen Verkehr verstehen. Sie sind vielmehr als Sondernormen im Hinblick auf die sachlichen Besonderheiten und Erfordernisse des kaufmännischen Verkehrs zu betrachten. So tragen auch die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze zur Tragweite des kaufmännischen Bestätigungsschreibens in erster Linie den Bedürfnissen des kaufmännischen Verkehrs nach beschleunigter Geschäftsabwicklung Rechnung⁵⁾. Der kaufmännische Verkehr bedeutet indessen eine Abkehr vom Ausgangspunkt des Vertragsrechtes, wonach die (kundgetane) Verwendungsabsicht allein Angelegenheit des Gläubigers der Vertragsleistung ist, ohne dass daran irgendwelche rechtlichen Sonderbehandlungen angeknüpft werden könnten; insoweit stellt der kaufmännische Verkehr eine Sonderordnung dar.

Die vom Bundesgericht im Jahre 1978 eingeführte Erläuterungspflicht des AGB-Verwenders gegenüber dem geschäftsunerfahrenen und rechtsunkundigen Vertragspartner bei einem Verzicht des aufrechtstehenden Schuldners auf den Wohnsitzrichter⁶⁾, kann indessen immerhin als Indiz dafür angesehen werden, dass nach der Konzeption der allgemeinen Bestimmungen des Obligationenrechts mangelnde Geschäfts- und

5) Vgl. dazu 5. Kap./§ 1/B., S. 43 ff.

6) BGE 104 I a 278 ff.; vgl. dazu 5. Kap./§ 1/B./I., S. 43 f.

Rechtserfahrung in gewissem Umfang eine besondere persönliche Schutzbedürftigkeit begründen kann. Das gleiche gilt für die vom Bundesgericht mit Urteil vom 6. Dezember 1983 (Pr. 73 Nr. 151) anerkannte "Ungewöhnlichkeitsregel", wonach AGB bei einem Globalakzept des AGB-Adressaten dann keine Geltung erlangen, wenn die betreffenden Klauseln objektiv einen geschäftsfremden Inhalt aufweisen und der Adressat über keine Branchenerfahrung verfügt⁷⁾. Dem Kaufmann wird dieser Schutz in der Regel nicht zuteil, da er, falls der Vertrag zum Betrieb seines Handelsgewerbes gehört, über die notwendige Branchenerfahrung verfügt. Damit ist eine personenbezogene Erklärung der "Ungewöhnlichkeitsregel" zwar möglich, aber nicht zwingend. Man könnte sie auch sachbezogen mit der Begründung rechtfertigen, dass die Verwendung von AGB zwischen Kaufleuten üblich und erforderlich sei und ihre Einbeziehung den reibungslosen Ablauf des Geschäftsverkehrs hemmen würde. Dieser schutzbedürftigkeitsbezogenen höchstrichterlichen Praxis kann kein geschlossenes Schutzkonzept zugrundeliegen, da diese Entscheide an verschiedenen Problemkreisen ansetzen und auf den Schutz vor konkreten, nicht unmittelbar vergleichbaren Gefährdungen abzielen. Vor allem aber kann diesen Urteilen keine spezifisch konsumentenschützende Tendenz entnommen werden.

Aus heutiger Sicht lässt sich demnach sagen, dass die abzahlungs- und vorauszahlungsrechtlichen Normen einen der wichtigsten Punkte für die allmähliche Relativierung der formalen Gleichheit der Rechtssubjekte hin zur Schaffung eines Konsumkreditgesetzes und damit für die Anerkennung des Konsumentenschutzgedankens bildeten. Mit der Normierung von Art. 226 lit. m Abs. 4 OR bzw. Art. 227 lit. i OR⁸⁾ wurde daher ein erster Schritt zur Ausbildung eines Sonderprivatrechts für schutzbedürftige Personengruppen vollzogen. Es ist aber festzuhalten, dass den Schutzintentionen des Abzahlungs- und Vorauszahlungsrechts im Hinblick auf die Ausbildung eines

7) Vgl. dazu 5. Kap./§ 1/C./II./1.2., S. 54 ff.

8) Vgl. dazu 5. Kap./§ 3, S. 91 ff.

Sonderprivatrechts für Konsumenten keine Verallgemeinerungsfähigkeit zuerkannt werden kann, weil das geltende Recht mehrere, kaum vergleichbare Regelungen enthält, die ganz verschiedenen, konkreten Gefährdungen Rechnung tragen sollen. Der Regelung in ihrer heutigen Form lässt sich daher lediglich entnehmen, dass der Gesetzgeber denjenigen Abzahlungs- und Vorauszahlungsschuldner, der im Handelsregister als Firma oder als Zeichnungsberechtigter einer Einzelfirma bzw. einer Handelsgesellschaft eingetragen ist, im Hinblick auf bestimmte, konkrete Gefahren für nicht schutzbedürftig gehalten hat. Für die Problematik einer allgemeinen Differenzierung nach persönlicher Schutzbedürftigkeit bzw. für die Ausbildung eines Sonderprivatrechts für Konsumenten ist die Regelung der Begrenzung des persönlichen Anwendungsbereichs hingegen wenig ergiebig, da das formale Abstellen auf den Handelsregistereintrag aus Gründen der Rechtssicherheit eine für den Konsumentenschutz unbrauchbare Differenzierung darstellt.

B. De lege ferenda

Ein Konsumkreditgesetz soll den Konsumenten schützen. Greift man auf die ausländischen Vorbilder zurück, so stellt man fest, dass allen Rechtsordnungen im Rahmen des von ihnen festgelegten sachlichen Anwendungsbereich das Ziel gemeinsam ist, den Konsumenten zu schützen. Es wird aber nur selten in den Gesetzeswerken ausdrücklich gesagt, wer als Konsument zu gelten hat. So wird etwa in Art. 1 Abs. 2 lit a des EG-Richtlinienvorschlages über Verbraucherkredit festgelegt, "Verbraucher" im Sinne der Richtlinie bedeute "eine natürliche Person, die nicht im Rahmen einer gewerblichen oder beruflichen Tätigkeit handelt". Das geplante Konsumkreditgesetz ⁹⁾ unterscheidet indessen nicht streng, wie es die Qualifizierung als Konsumenten-

9) Vgl. dazu 6. Kap./§ 1, S. 95 ff.

schutzgesetz erwarten liesse, zwischen rechtsgeschäftlichem Erwerb im Rahmen einer gewerblichen Tätigkeit und dem Abschluss eines Teilzahlungsgeschäftes mit dem Ziele des Konsums. Aus Art. 226 b Abs. 3 KKGE ergibt sich, dass der Anwendungsbereich einer gesetzlichen Regelung des Konsumentenkredits in persönlicher Hinsicht dahin abgegrenzt werden soll, dass anhand von Kriterien der Schutzbedürftigkeit bestimmte Personen vom Schutz ausgenommen werden. Nach dieser Abgrenzung ist der geschützte Personenkreis nicht nur auf den Konsumenten als "Endverbraucher" beschränkt, sondern umfasst auch andere Kreise bei gewissen gewerblichen oder beruflichen Tätigkeiten. Dass dies kein Zufall ist, lässt sich aus der historischen Entwicklung der Teilzahlungsgeschäfte begründen, diente doch der Abschluss von Ratenkaufverträgen nicht nur dem Erwerb benötigter Konsumgüter, sondern vielfach auch dem Aufbau einer wirtschaftlichen Existenz oder der Modernisierung eines Betriebes zur Sicherung gegen die Konkurrenz. Durch die in der Fassung des Ständerates ¹⁰⁾ vorgenommene geringfügige Änderung des Wortlautes (das Wort "hauptberuflich" wurde gestrichen), sollte dann aber das nebegewerbliche oder nebenberufliche Handeln im Rahmen einer selbständigen Erwerbstätigkeit, sofern die Vertragsabschlüsse in einem offenkundigen Zusammenhang mit der Geschäftstätigkeit des Ratenschuldners stehen, die Anwendung aller Vorschriften des Konsumkreditgesetzes ausschliessen. Diese Regelung hätte zur Folge, dass der kaufmännische Verkehr vollständig vom Schutzbereich ausgenommen würde, weshalb diese Formulierung derjenigen des KKGE vorzuziehen ist. Diese Grenzziehung weist in eine Richtung, die in erster Linie ein kaufmännisches Tätigwerden als Anknüpfung befürwortet, um den Anwendungsbereich des Konsumkreditgesetzes bei Umsatzgeschäften auszuschliessen.

Da der Nationalrat mit Beschluss vom 2. Oktober 1986 dem Art. 227 der ständerätlichen Fassung seine Zustimmung gab, wäre de lege fe-

10) Vgl. dazu 6. Kap./§ 3, S. 100.

renda der kaufmännische Verkehr vollständig ausserhalb der Schutzzone des Konsumkreditgesetzes gelegen. Wie bereits gesagt, ist diese Regelung unter dem Gesichtspunkt unterschiedlicher persönlicher Schutzbedürftigkeit zu begrüessen, da der Abnehmer im kaufmännischen Verkehr nicht zu Konsum-, sondern zu Geschäftszwecken kauft.

Nachdem der Ständerat in der Herbstsession 1986 die letzten grösseren Differenzen zum Nationalrat bereinigt hatte, sah es so aus, als wäre das Gesetz praktisch unter Dach. Nach über achtjähriger parlamentarischer Beratung ist es dann aber schliesslich gescheitert. Zwar hat der Nationalrat die Vorlage am 4. Dezember 1986 in der Schlussabstimmung mit 70 zu 34 Stimmen gutgeheissen, doch scheiterte sie am klaren Nein des Ständerates mit 25 zu 11 Stimmen.

§ 5 Rechtsvergleichende Betrachtung der persönlichen Abgrenzungskriterien in der Konsumentenschutzgesetzgebung der Bundesrepublik Deutschland und Frankreichs

A. Abgrenzungsbemühungen zum Anwendungsbereich von Konsumentenschutznormen in der Bundesrepublik Deutschland

Der deutsche Gesetzgeber hat bislang auf eine Anknüpfung an den Verbraucherbegriff im Bürgerlichen Recht und seinen Nebengesetzen verzichtet¹⁾. Dennoch lassen sich in jüngerer Zeit einige Novellierungen nachweisen, welche den Schutz der schwächeren Vertragspartei bezwecken und somit ihren rechtspolitischen Ursprung im Verbraucherschutz haben. Dabei sind die einen Gesetze ohne Veränderung des persönlichen Anwendungsbereichs in das Bürgerliche Recht eingepasst worden. Das gilt etwa für die Vorschriften zum Reisevertragsrecht in den §§ 651 a ff. BGB und die Neufassung des Wucherparagrafen § 138 Abs. 2 BGB. Dazu gehören auch das Fernunterrichtsschutzgesetz vom 24.8.1976 und die Wohnraumschutzgesetze²⁾. Andere Gesetze regeln den persönlichen Anwendungsbereich in Form einer besonderen Abgrenzung gegenüber dem Verkehr unter Kaufleuten. So schliesst § 8 AbzG³⁾ den in das Handelsregister eingetragenen Kaufmann vom Anwendungsbereich des Abzahlungsgesetzes aus, während § 24 AGB-Gesetz⁴⁾ vereinzelte Ausnahmen im persönlichen Anwendungsbereich allgemein für jeden Kaufmann festlegt, ohne Unterscheidung nach Voll- und Minderkaufleuten oder Bezug zur Eintragung in das Handelsregister.

1) Anders das österreichische Recht, wo in § 1 des Konsumentenschutzgesetzes vom 8. März 1977 (abgedruckt bei Giger (6) 192 f.) der Geltungsbereich des Gesetzes für Rechtsgeschäfte zwischen Unternehmern und Verbrauchern festgelegt wird.

2) Vgl. dazu Faber/Schade, Fernunterrichtsschutzgesetz, München 1980 sowie Schmidt-Futterer/Blank, Wohnraumschutzgesetze, Kündigung, Mieterhöhung, Mietwucher, Zweckentfremdung, 5. A., München 1984.

3) Zur Analyse von § 8 AbzG vgl. Schmidt-Tedd 86 ff.

4) Abgedruckt bei Giger (6) 188; zur Analyse von § 24 AGB-Gesetz vgl. Schmidt-Tedd 52 ff.

Eine weitere Kategorie von Vorschriften wurde durch das am 14.11. 1985 verabschiedete "Gesetz über den Widerruf von Haustürgeschäften und ähnlichen Geschäften" eingeführt. Nach § 6 finden die Vorschriften dieses Gesetzes keine Anwendung,

"wenn der Kunde den Vertrag in Ausübung einer selbständigen Erwerbstätigkeit abschliesst oder die andere Vertragspartei nicht geschäftsmässig handelt."

Mit dieser Vorschrift wird eine am Verwendungszweck orientierte Abgrenzung generell zum Kriterium des Anwendungsbereichs. Die Verbraucherschützende Zielrichtung ist unverkennbar, obwohl der Verbraucher konkret nicht erwähnt wird. Aufgrund dieser Differenzierung werden nur diejenigen Geschäfte erfasst, bei denen sich Konsument und Unternehmer gegenüber stehen; die Geschäfte zwischen Verbrauchern untereinander sind somit auch vom Anwendungsbereich ausgenommen. Diese Abgrenzung knüpft an das funktionale Kriterium der einseitigen Handelsgeschäfte der §§ 343 und 344 HGB an, wo zwischen den Privat- und Handelsgeschäften des Kaufmanns unterschieden wird.

Die angeführten Gesetze weisen auf einen sich entwickelnden Bereich bürgerlichrechtlichen Verbraucherschutz hin, dem eine gewisse Eigenständigkeit zukommt. Es wird dabei in der Bundesrepublik Deutschland erkannt, wie problematisch sich der Versuch erweist, den Verbraucher rein personenbezogen zu begreifen. Wie der neugeschaffene § 6 des Gesetzes über den Widerruf von Haustürgeschäften zeigt, konzentrieren sich heute die Definitionsversuche auf eine mittelbare Erfassung über den Verwendungszweck (privat- nicht erwerbswirtschaftlich) des jeweiligen Vertragsgegenstandes: je nach Verwendungszweck der Geschäftstätigkeit stehen sich Verbraucher und Kaufmann bzw. Unternehmer als getrennte Adressatenkreise von Normen gegenüber.

Eine umfassende Regelung im Bereich des Verbraucherschutzes wird im Hinblick auf die fortgeschrittenen Harmonisierungsbestrebungen der EG auf diesem Gebiet jedoch ausdrücklich offen gelassen⁵⁾.

5) Vgl. dazu Klaus Oehmen, Die Harmonisierung der Rechtsvorschriften über Verbraucherkredit in den Mitgliedstaaten der EG, Diss. Köln 1979.

B. Abgrenzungsbemühungen zum Anwendungsbereich von Konsumenten-
schutznormen in Frankreich

- I. Die Einführung des Begriffs "non-professionnel ou consommateur" in den französischen Vorschriften über unbillige Vertragsklauseln
-

Unter dem Gesichtspunkt des Abgrenzungsmodus für den persönlichen Anwendungsbereich lassen sich in Frankreich drei verschiedene Gruppen von Vorschriften unterscheiden:

- a) Regelungen mit einer konsumentenschützenden Ausrichtung, aber ohne Eingrenzung des Anwendungsbereichs in persönlicher Hinsicht⁶⁾,
- b) solche mit einer negativen Ausgrenzung des Verkehrs unter Kaufleuten⁷⁾ und
- c) diejenigen mit einem positiv auf den Konsumenten abstellenden Anwendungsbereich.

Als Beispiel der dritten Gruppe findet sich in Art. 35 des loi no. 78-23 du 10.1.1978 sur la protection et l'information des consommateurs de produits et de services eine positive Umschreibung des Kriteriums "non-professionnels ou consommateurs":

"Sont abusives les clauses qui apparaissent imposées aux non-professionnels ou consommateurs par un abus de la puissance économique de l'autre partie et confèrent à cette dernière un avantage excessif."

-
- 6) Darunter fällt beispielsweise die réglementation de la vente d'immeuble à construire (loi no. 67-3 du 3.1.1967).
 - 7) Zu dieser Gruppe gehört etwa Art. 48 des Code de Procédure Civil, wonach eine vertragliche Änderung der örtlichen Zuständigkeit nur unter Kaufleuten möglich ist.

Dieses Gesetz stellt zugleich die Grundlage für ein administratives Instrumentarium dar. Im vorgegebenen Rahmen wird der Regierung die Kompetenz erteilt, nach Anhörung des Staatsrats, durch Dekret unbillige Vertragsklauseln als nichtig zu erklären. Sie kann sich dabei auf Empfehlungen und Gutachten einer hierzu eingerichteten gemischten Kommission aus staatlichen, gewerblichen und konsumentenschutzpolitischen Vertretern stützen (Commission des clauses abusives)⁸⁾. Bislang wurde mit dem Décret no. 78-464 du 24.3.1978 erst ein Dekret erlassen, worin folgende Klauseln als nichtig erklärt werden:

"[...] ayant pour objet ou pour effet de constater l'adhésion du non-professionnel ou consommateur à des stipulations contraeffectuelles qui ne figurent pas sur l'écrit qu'il signe."

(Art. 1)

"[...] ayant pour objet ou pour effet de supprimer ou de réduire le droit à réparation du non-professionnel ou consommateur, en cas de manquement par le professionnel à l'une quelconque de ses obligations."

(Art. 2)

"[...] ayant pour objet ou pour effet de réserver au professionnel le droit de modifier unilatéralement les caractéristiques du bien à livrer ou du service à rendre."

(Art. 3)

8) Vgl. dazu Ghestin 313 ff.

Als unzulässig erklärt worden sind somit Pauschalverweisungen auf dem Kunden nicht vorliegende AGB (Art. 1), Haftungsbeschränkungen (Art. 2) und der Vorbehalt einseitiger Leistungsänderungen (Art. 3). Mit Entscheidung des Staatsrats vom 3.12.1980 wurde jedoch Art. 1 des Dekrets wegen Kompetenzüberschreitung der Regierung für nichtig erklärt⁹⁾.

Der Anwendungsbereich des Gesetzes no. 78-23 wird im Sinne von Art. 35 durch drei Kriterien bestimmt. In persönlicher Hinsicht findet das Gesetz nur Anwendung auf Verträge zwischen beruflich Handelnden einerseits und nicht beruflich Handelnden (non-professionnels) oder Konsumenten andererseits. In sachlicher Hinsicht muss es sich zum einen um eine der aufgeführten Klauseln handeln und zum anderen um den Fall eines Missbrauchs wirtschaftlicher Macht zur Erreichung eines übertriebenen Vorteils zulasten des nicht beruflich Handelnden oder Konsumenten. Der vorliegende Text kommt der Bestimmung eines Übervorteilungsverbotes, welche im französischen Recht jedoch nicht existiert, sehr nahe, finden wir hier doch die Kombination eines subjektiven Elements, des Zwangs, welcher sich aus einem Missbrauch wirtschaftlicher Macht ergibt, mit einem objektiven Element, dem übermässigen Vorteil. Auch diese Vorschrift beabsichtigt, Abhilfe zu schaffen, wenn nicht bloss eine stossende Disparität des Werts der Leistungen vorliegt, sondern der Vertrag auch unter besonderen, die Stellung des Benachteiligten erschwerenden Voraussetzungen zustande gekommen ist. Darunter ist die Angewiesenheit des Konsumenten auf Konsum zu verstehen¹⁰⁾. Der einzige Unterschied liegt beim Missbrauchsobjekt: bei der Übervorteilung bezieht sich der Missbrauch auf die Preisvereinbarung, hier bezieht er sich auf Klauseln, welche die Vertragserfüllung betreffen.

9) Vgl. Ghestin 319 ff.

10) Dazu oben S. 97. Interessant ist in dem Zusammenhang auch die Ansicht Buchers, wonach in der heutigen "Konsumgesellschaft" eher an eine Übervorteilung des Käufers zu denken sei, während der römische Jurist im Gegensatz hiezu eine Übervorteilung des aus Not oder Unkenntnis unter dem wirklichen Preis veräussernden Verkäufers befürchtet habe (Bucher (4) 201 A 1).

In den parlamentarischen Beratungen zu dieser Vorschrift wurde indes-
sen Bezug auf den Begriff des Rechtsmissbrauchs genommen¹¹⁾
und insbesondere festgehalten, dass ein Geschäftsmann in der Lage
ist, den Konsumenten die vertraglichen Bedingungen vorzuschreiben.
Mir scheint aber fraglich, ob der Text unter diesem Gesichtspunkt
analysiert werden kann, stellt doch der Abschluss eines Vertrages
keine Ausübung eines subjektiven Rechts dar.

Im weiteren ist darauf hinzuweisen, dass diese Norm nicht auf vor-
formulierte Verträge beschränkt ist, sondern gleichermassen Indivi-
dualvereinbarungen erfasst. Dies muss im Zusammenhang mit der Ent-
wicklung der Rechtsprechung zum Recht der AGB gesehen werden, wird
darin doch bis heute abgelehnt, den Formularvertrag (contrat d'adhé-
sion) rechtlich anders als Individualabreden zu behandeln¹²⁾.

In der französischen Lehre bereitet im übrigen das Nebeneinander der
Begriffe "non-professionnels" und "consommateurs" Schwierigkeiten.
Bemerkenswerte Ausführungen dazu finden sich bei Ghestin¹³⁾, der
die beiden Begriffe für identisch hält. Nach dieser weit verbreite-
ten Ansicht, erfasst der Begriff "professionnel" alle beruflich
Handelnden. Der Konsument ist demgegenüber die Person, die in Aus-
übung privater Tätigkeit handelt. Dahinter steht unmissverständlich
die Verwendungszweckbezogene Betrachtungsweise. Nach der Gegenposi-
tion wird dem Terminus "non-professionnel" eine weitergehende Bedeu-
tung zugemessen, wird doch die Meinung vertreten, es seien damit
auch die branchenfremd beruflich Handelnden erfasst, die hinsicht-
lich ihres Kenntnisstandes bezüglich des konkreten Vertragsgegen-
standes den Konsumenten gleichstünden. Angesichts dieser Kontroverse
sowie der Tatsache, dass bis heute eine eingehende Untersuchung über
den Begriff "professionnel" und damit über sein Verhältnis zum kauf-

11) Vgl. dazu Ghestin 308.

12) Vgl. dazu Schröder 32 ff.

13) Vgl. dazu Ghestin 303 ff.

männischen Bereich fehlt, darf die Einführung des Terminus "non-professionnel ou consommateur" nicht als Hinwendung zu einem gruppenspezifischen Konsumentenschutz im französischen Recht betrachtet werden.

II. Persönliche Abgrenzungskriterien im Konsumentenkreditrecht

In den siebziger Jahren wurde in Frankreich der Bereich der Schutzvorschriften zur Kreditvergabe durch die Gesetze no. 78-22 und no. 79-596 über den Konsumentenkredit bzw. den Immobilienkredit umfassend neu geregelt. Darin wird die Kreditgeberseite dahingehend eingegrenzt, dass es sich um natürliche oder juristische Personen handeln muss, die "à titre habituel" (Art. 2 loi no. 78-22) Kredite vergeben, also gewerbsmässig tätig sind. Auf der Kreditnehmerseite wird der Verwendungszweck der beruflichen Aktivität vom Anwendungsbereich des Gesetzes ausgenommen (Art. 3 loi no. 78-22). Mit dieser mittelbaren Abgrenzung sollen die Konsumenten als Zielgruppe des Gesetzes erfasst werden. Der persönliche Anwendungsbereich des Gesetzes über den Immobilienkredit ist entsprechend konsumentenschutzpolitisch ausgerichtet.

III. Haustürgeschäfte

Im Gesetz über die Haustürgeschäfte (loi no. 72-1137 du 22.12.1972) bestehen persönliche Abgrenzungsmerkmale in zweifacher Hinsicht. Zum einen werden nur natürliche Personen erfasst (Art. 1). Zum anderen besteht eine Ausschlussklausel hinsichtlich der Geschäfte, die sich auf eine landwirtschaftliche, industrielle, handelsgewerbliche oder berufliche Tätigkeit beziehen (Art. 8 Abs. 1 lit. e). Damit wird anhand des Verwendungszwecks eine klare Trennungslinie zwischen Erwerbswirtschaft und Konsum gezogen.

§ 6 Ergebnis

Die rechtsvergleichenden Hinweise auf die Abgrenzungsbemühungen zum persönlichen Anwendungsbereich des Konsumentenschutzrechts in der Bundesrepublik Deutschland und Frankreich zeigen eine Hinwendung zur Sondergesetzgebung, welche eine Trennung zwischen erwerbswirtschaftlich Handelnden und Konsumenten vornimmt. Es hat sich dabei gezeigt, dass sich Frankreich im Gegensatz zur Bundesrepublik Deutschland bei der Umsetzung der Forderungen nach mehr Konsumentenschutz stärker vom Kaufmannsbegriff abwendet und stattdessen am Begriff des Konsumenten anknüpft. Dies scheint mir der richtige Weg zu sein, gilt es doch auch zu berücksichtigen, dass der wettbewerbsrechtliche Teil des Konsumentenschutzes sich zwangsläufig am Konsumentenbegriff orientiert. Das Privatrecht kann sich daher der Verwendungszweckbezogenen Betrachtungsweise nicht (länger) verschliessen. Der Vertrag zu Konsumzwecken ist dem Vertrag aus erwerbswirtschaftlichem Handeln gegenüberzustellen und die Abgrenzung hat generell nach geschäftlichen und privaten Zwecken zu erfolgen. Sozialpolitisch motivierter Konsumentenschutz muss am Verwendungszweck "Konsum" anknüpfen, ansonsten er über das Ziel hinausschiesst. Jeder, auch der Private, der Handel treibt, mithin den Verwendungszweck einer gewinnbringenden Weiterveräußerung von Waren verfolgt, ist vom zu schützenden Personenkreis auszunehmen, da er keines Sozialschutzes bedarf. Diesem Konzept einer verwendungszweckbezogenen Sonderbehandlung konsumentenschützender Vorschriften wäre zugute zu halten, dass es sich ungezwungen in die schweizerische Gesetzgebungspraxis umsetzen lassen würde, spielt doch der Verwendungszweck bereits gleichermassen eine Rolle bei der Unterscheidung zwischen kaufmännischem und nicht kaufmännischem Verkehr. Es müsste dabei der Schritt vom Allgemeinen (Sonderbehandlung des kaufmännischen Verkehrs im OR) in das Spezielle (Konsumentenschutzrecht) vollzogen werden.

C U R R I C U L U M V I T A E

Am 22. April 1957 bin ich in Meilen/ZH geboren und besuchte dort die Primarschule.

Nach bestandener Matura am Mathematisch Naturwissenschaftlichen Gymnasium Rämibühl in Zürich im Jahr 1977 begann ich mit dem Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich und erwarb im Mai 1983 das Lizentiat. Gegen Ende meiner Studienzeit war ich über zwei Jahre lang als Lehrer für Rechtskunde und Korrespondenz am Oekreal-Management-Zentrum in Zürich tätig.

Daran anschliessend begann ich mit dem Schreiben der vorliegenden Arbeit und stand dann in der Zeit von Mai 1985 bis Juni 1986 als Auditor in den Diensten des Bezirksgerichtes Zürich. Seither bin ich als Rechtskonsulent tätig.

Am 9. Dezember 1987 erfolgte die Promotion zum Doktor der Rechtswissenschaft der Universität Zürich.

